

رَوَضَةُ الطَّالِبِينَ

وَعَمْدَةُ الْمُفْتِينَ

لِلإِمَامِ النَّوَوِيِّ

الجزء الخامس

إشـرف
زُهَيْرُ الشَّارِبِ

المكتب الإسلامي

حقوق الطبع محفوظة للمكتب الإسلامي
لصاحبه
زهير الشاويش

الطبعة الثالثة

١٤١٢ هـ / ١٩٩١ م

المكتب الإسلامي (البحرين)

بَـيـرُوت : ص.ب. : ٣٧٧١ / ١١ - رَقيّا : اسلاميّا - تلّكس : ٤٠٥٠١ - هَاتف : ٤٥٠٦٣٨

دَمَشَق : ص.ب. : ١٣٠٧٩ - هَاتف : ١١٦٣٧

عَمّان : ص.ب. : ١٨٢٠٦٥ - هَاتف : ٦٥٦٦٠٥ - فَاكس : ٧٤٨٥٧٤

كتاب الغصب

للأصحاب رحمهم الله ، عبارات في معنى الغصب .

إحداها : أنه أخذ مال الغير على جهة التمدي ، وربما قيل : الاستيلاء على مال الغير .

الثانية : وهي أعم من الأولى : أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق . واختار الامام هذه العبارة ، وقال : لا حاجة إلى التقييد بالعدوان ، بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان ، كما لو أودع ثوباً عند رجل ، ثم جاء المالك فأخذ ثوباً للمودع وهو يظنه ثوبه ، أو لبسه المودع على ظن أنه ثوبه .

الثالثة : وهي أعم من الأوليين : أن كل مضمون على مسكه فهو منسوب ، كالمقبوض بالبيع الفاسد ، والوديعة إذا تعدى فيها المودع ، والرهن إذا تعدى فيه المرتهن . وأشبه العبارات وأشهرها هي الأولى . وفي الصورة المذكورة ، الثابت حكم الغصب ، لاحقيقته .

قلت : كل هذه العبارات ناقصة ، فإن السلب وجلد الميتة وغيرها مما ليس بمال ، لا يدخل فيها مع أنه يغصب ، وكذلك الاختصاصات بالحقوق ، فلاختيار : أنه الاستيلاء على حق الغير بغير حق . والله أعلم

وقد تظاهرت نصوص الكتاب والسنة وإجماع الأمة ، على تحريم الغصب ، وفيه بابان .

الاول : في الضمان ، وفيه أربعة أطراف .

الاول : في الموجب للضمان . والغصب وإن كان موجباً للضمان ، فلا ينحصر الموجب فيه ، بل الاتلاف أيضاً مضمن ، وكذلك الاستعارة والاستيلاء وغيرها ، والاتلاف يكون بالمباشرة ، أو بالتسبب . وماله مدخل في الهلاك ، فقد يضاف إليه الهلاك حقيقة ، وقد ، لا . وما لا ، فقد يُقصد بتحصيله حصول ما يضاف إليه الهلاك حقيقة ، وقد ، لا ، لأن الذي يضاف إليه الهلاك يسمى علّة ، والاتيان به ، مباشرة ، وما لا يضاف إليه الهلاك ويقصد بتحصيله ما يضاف إليه ، يسمى سبباً ، والاتيان به ، تسبباً . وهذا القصد والتوقع ، قد يكون لتأثيره بمجرد فيه ، وهو علّة العلة ، وقد يكون بانضمام أمور إليه وهي غير بعيدة الحصول . فمن المباشرة : القتل ، والأكل ، والاحراق . ومن التسبب : الاكراه على إتلاف مال الغير . ومنه ما إذا حفر بئراً في محل عدوان ، فتردّت فيها بهيمة ، أو عبد ، أو حر ، فإن ردها غيره ، فالضمان على المباشير المردى ، لأن المباشرة مقدمة على السبب ، وسيأتي تمام هذا وبيان محل العدوان في كتاب الجنایات إن شاء الله تعالى .

فرع

لو فتح رأس زقٍ فضاء ما فيه ، نظر ، إن كان [مطروحاً] على الأرض فاندفق ما فيه بالفتح ، ضمن . وإن كان منتصباً لا يضيع ما فيه بالفتح لو بقي كذلك ، لكنه سقط ، نظر إن سقط بفعله بأن كان يحرك الوكاء ويحذبه حتى أفضى إلى السقوط ، ضمن ، وكذا لو سقط بما يقصد تحصيله بفعله ، بأن فتح رأسه ، فأخذ ما فيه في التقاطر شيئاً فشيئاً ، حتى ابتل أسفله وسقط ، ضمن . وإن سقط بعارض ، كزلزلة ، أو هبوب ريح ، أو وقوع طائر ، فلا ضمان . ولو فتح رأسه فأخذ ما فيه في الخروج ، ثم جاء آخر ونكسه مستعجلاً ، فضاء الخارج بعد التمسك ، هل هو

عليهما كالجارحين، أم على الثاني فقط كالخازن مع الجارح ؟ فيه وجهان . أصحابهما : الثاني . هذا إذا كان ما في الزق مائماً . فإن كان جامداً فطلعت الشمس فأذاخته وضاع ، أو ذاب بمرور الزمان وتأثير حرارة الريح ^(١) فيجب الضمان على الأصح . ويجري الوجهان ، فيما لو أزال أوراق العنب وجرد عناقيده للشمس فأفسدتها ، وفيما لو ذبح شاة رجل فهلك مسختها ، أو حمامة فهلك فرخها ، لفقد ما يصلح لها . ولو جاء آخر وقرب ناراً من الجامد فذاب وضاع ، فوجهان . أحدهما : لا ضمان على واحد منها ، وأصحابهما : يضمن الثاني . ويجري الوجهان فيما لو قرب الفاتح أيضاً النار ، وفيما لو كان رأس الزق مفتوحاً فجاء رجل وقرب منه النار .

فرع

لو حلّ رباط سفينة ففرقت بالحلّ ، ضمن ، ولو غرقت بمحادث ، كهبوب ربح أو غيره ، لم يضمن . وإن لم يظهر حادث ، فوجهان . وليكن الأمر كذلك في مسألة الزق إذا لم يظهر حادث لسقوطه .

فرع

فتح قفصاً عن طائر وهيئجه حتى طار ، ضمنه . فإن لم يزد على الفتح ، فثلاثة أقوال . أظهرها : إن طار في الحال ، ضمن ، وإلا ، فلا . والثاني : يضمن مطلقاً . والثالث : لا يضمن مطلقاً . وفي ما جمع من فتاوى القفال - تقريباً على وجوب الضمان إذا طار في الحال - أنه لو وثبت هرة بمجرد فتح القفص ، ودخلته وقتلت الطائر ، لزمه الضمان ، لأنه في معنى إغراء الهرة ، وأنه لو كان القفص مغلقاً فاضطرب بخروج الطائر وسقط فانكسر ، لزم الفاتح ضمانه . وأنه لو كسر الطائر في خروجه

(١) في « شرح الوجيز » : وتأثير حرارة الهواء .

قارورة رجل ، لزمه ضمانها، لأن فعل الطائر منسوب إليه ، وأنه لو كان شعير في جراب مشدود الرأس، وبجنبه حمار، ففتح رأسه فأكله الحمار في الحال ، لزم الفاتح ضمانه ، ولو حل رباط بهيمة، أو فتح باب الاصطبل فخرجت وضاعت ، فالحكم على ما ذكرنا في القفص . ولو خرجت في الحال وأتلفت زرع رجل ، قال القفال : إن كان نهاراً ، لم يضمن الفاتح ، وإن كان ليلاً ، ضمن، كدابة نفسه . وقال المراقبون : لا يضمن، إذ ليس عليه حفظ بهيمة الغير عن الزروع .

قلت : قطع ابن كج بما قاله القفال . والله أعلم

ولو حل قيد العبد المجنون، أو فتح باب السجن، فذهب ، فهو كما لو حل رباط البهيمة . وإن كان العبد عاقلاً ، نظر، إن لم يكن آبقاً ، فلا ضمان، لأن له اختياراً صحيحاً، فذهابه محال عليه ، وإن كان آبقاً ، فلا ضمان أيضاً على الأصح ، وقيل : هو كحل رباط البهيمة ، ففيه التفصيل .

فرع

لو وقع طائر على جداره ، فنقّره ، لم يضمن، لأنه كان متمتعاً قبله ، ولو رماه في الهواء فقتله ، ضمنه ، سواء هواء داره وغيره، إذ ليس له منع الطائر من هواء ملكه .

فرع

لو فتح باب الحِرز فسرق غيره ، أو دَلَّ سارقاً فسرق ، أو أمر غاصباً فنصب ، أو بنى داراً فألقت الريح فيها ثوباً وضاع ، فلا ضمان عليه . ولو حبس المالك عن ماشيته حتى تلفت ، فلا ضمان، لأنه لم يتصرف في المال ، كذا قالوه ،

ولعل صورته فيما إذا لم يقصد منعه عن الماشية، وإنما قصد حبسه فأفضى [الأمر] إلى هلاكها، لأن المتولي قال : لو كان له زرع ونخيل، وأراد سوق الماء إليها فمنعه ظالم من السقي حتى فسدت ، ففي الضمان الوجهان فيما لو فتح الزق عن جامد فذاب بالشمس وضاع .

قلت : الأصح في صورتي الحبس عن الماشية والسقي : أنه لا ضمان ، بخلاف فتح الزق لما ذكرنا أنه لم يتصرف في المال. والله أعلم

ولو غصب هادي القطيع فتبعه القطيع ، أو غصب البقرة فتبعها العجل ، لم يضمن القطيع والعجل على الأصح .

فرع

لو نقل صبيّاً حراً إلى مَضْيَعَةٍ ، فاتفق مَسْبِعُ فافترسه ، فلا ضمان لإحالة الهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته (١) . ولو نقله إلى مَسْبِعة فافترسه مَسْبِعٌ ، فلا ضمان أيضاً ، هذا هو المذهب والمعروف في كتب الأصحاب ، وذكر الغزالي فيه وجهين ، وليس بمعروف .

فصل

إثبات اليد العادية سبب للضمان ، وينقسم إلى مباشرة ، بأن يغصب الشيء فيأخذه من يد مالكه ، وإلى التسبب ، وهو في الأولاد وسائر الزوائد ، لأن إثبات اليد على الأصول سبب لإثباتها على الفروع ، فيكون ولد المغصوب وزوائده مغصوبة .

(١) في نسخ الظاهرية و « شرح الوجيز » : فلا ضمان ، لإحالة للهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته .

ثم إثبات اليد العادية يكون في المنقول والعقار . أما المنقول ، فالأصل فيه النقل ، لكن لو ركب دابة غيره ، أو جلس على فراش غيره ولم ينقله ، ففي كونه غاصباً ضامناً ، وجهان . أصحابها : نعم ، سواء قصد الاستيلاء ، أم لا . قال المتولي : وهذا إذا كان المالك غائباً ، أما إذا كان حاضراً ، فإن أزعجه وجلس على الفراش ، أو لم يزعجه وكان بحيث يمنعه من رفعه والنصرف فيه ، فيضمنه قطعاً ، وقياس ما يأتي إن شاء الله تعالى في نظيره من العقار : أن لا يكون غاصباً إلا لنصفه . وأما العقار ، فإن كان مالكة فيه ، فأزعجه ظالم ودخل الدار بأهله على هيئة من يقصد السكنى ، فهو غاصب ، سواء قصد الاستيلاء ، أم لا ، لأن وجود الاستيلاء يعني عن قصده . ولو سكن بيتاً من الدار ، ومنع المالك منه دون باقي الدار ، فهو غاصب لذلك البيت دون باقي الدار . وإن أزعج المالك ولم يدخل الدار ، فالمذهب والذي يدل عليه كلام جماهير الأصحاب : أنه غاصب ، فلم يعتبروا في النصب إلا الاستيلاء ومنع المالك عنه ، وقال الغزالي : لا يكون غصباً ، واعتبر دخول الدار في غصبها ، وهو ضعيف . أما إذا لم يزعج المالك ، ولكن دخل واستولى معه ، فهو غاصب لنصف الدار ، لاجتماع يدها واستيلائها ، فإن كان الداخل ضعيفاً ، والمالك قوي لا يعد مثله مستولياً عليه ، لم يكن غاصباً لشيء من الدار ، ولا اعتبار بقصد ما لا يمكن من تحقيقه . أما إذا لم يكن هناك مالك ، فدخل على قصد الاستيلاء ، فهو غاصب وإن كان ضعيفاً وصاحب الدار قوياً ، لأن الاستيلاء حاصل في الحال ، وأثر قوة المالك إنما هو سهولة إزالته والانتزاع من يده ، فصار كما لو سلب قلنسوة ملك ، فانه غاصب وإن سهل على المالك انتزاعها . وفي وجه : لا يكون غصباً ، لأن مثله في العرف يعد هزأً ، ولا يعد استيلاءً ، وهو شاذ ضعيف . وإن دخل لا على قصد الاستيلاء ، بل لينظر ، هل يصلح له ، أو غير ذلك ؟ لم يكن غاصباً . قال المتولي : لكن لو انهدمت في تلك الحال ، هل يضمنها ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، كما لو أخذ منقولاً من

بين يدي مالكة لينظر هل يصلح له ليشتريه ، فتلف في تلك الحال ، فإنه يضمه .
وأصحها : لا ، لأن اليد على المنقول حقيقة (١) . ولو اقتطع قطعة أرض ملاصقة
لأرضه ، وبني عليها حائطاً وأضافها إلى ملكه ، ضمنها ، لوجود الاستيلاء .

فصل

فيما إذا انبنت على يد الغاصب يد أخرى

قد سبق معظم مسأله في كتاب الرهن ، وحاصله : أن كل يد ترتبت على يد الغاصب ، فهي
يد ضمان ، فيتخير المالك عند التلف ، بين مطالبة الغاصب ، ومن ترتبت يده على يده ، سواء علم
المغصوب أم لا ، لأنه أثبت يده على مال غيره بغير إذنه ، فالجمل ليس مسقطاً للضمان . ثم الثاني ،
إن علم الغصب ، فهو غاصب من الغاصب ، فيطالب بكل ما يطالب به الغاصب ، وإن
تلف المغصوب في يده ، فقرار الضمان عليه . فإذا غرم ، لا يرجع على الأول ،
وإذا غرم الأول رجع عليه ، هذا إذا لم تختلف قيمته في يدهما ، أو كانت في يد
الثاني أكثر ، فلو كانت في يد الأول أكثر ، لم يطالب بالزيادة إلا الأول ، وتستقر
عليه . أما إذا جهل الثاني الغصب ، فإن كانت اليد في وضعها يد ضمان كالعارية ،
استقر الضمان على الثاني . وإن كانت يد أمانة كالوديعة ، استقر على الغاصب على
المذهب . وفي وجه : يستقر على المودع . وفي وجه : لا يطالب المودع أصلاً ،
وقد سبق بيان هذا الفصل في أواخر الباب الثالث من كتاب الرهن بزيادة على هذا ،
والقرض معدود من أيدي الضمان . ولو وهب المغصوب ، فهل القرار على الغاصب
لأنها (٢) ليست يد ضمان ، أم على المتب لأنه أخذه للتملك ؟ قولان . أظهرهما : الثاني .

(١) في نسخ الظاهرية لأن اليد على المنقول حقيقة . (٢) أي : اليد .

ولو زوج المنصوبة قتلّت عند الزوج ، فالملذهب : أنه لا يطالب الزوج بقيمتها قطعاً .
وقيل : كالودّع .

فرع

إذا أتلف القابض من الغاصب ، نظر ، إن استقل بالانلاف ، فقرار الضمان عليه . وإن حمّله الغاصب عليه ، بأن غصب طاماً فقدّمه إليه ضيافة فأكله ، فالقرار على الآكل إن كان عالماً ، وكذا إن كان جاهلاً على الأظهر المشهور في الجديد . فعلى هذا ، إن ضمنه ، لم يرجع على الغاصب ، وإن ضمن الغاصب ، رجع عليه . وعلى القول الآخر بالعكس ، هذا إذا قدمه إليه وسكت . فان قال : هو ملكي ، فان ضمن الآكل ، ففي رجوعه على الغاصب القولان . وإن ضمن الغاصب ، فالملذهب : أنه لا يرجع قطعاً ، لأنه معترف بأنه مظلوم ، فلا يرجع على غير ظالمه . وقال المزني : يرجع عليه ، وغلّطه الأصحاب . ولو وهب المنصوب فأتلفه المتهب ، فالقولان ، وأولى بالاستقرار على المتهب .

فرع

لو قدم الطعام المنصوب إلى عبد إنسان فأكله ، فان جعلنا القرار على الحر الآكل ، فهذه جناية من العبد يباع فيها ، وإلا ، فلا يباع ، وإنما يطالب الغاصب كما لو قدم شعيراً منصوباً إلى بهيمة بغير إذن مالكها .

فرع

غصب شاة وأمر قصاباً بذبحها جاهلاً بالحال ، فقرار ضمان النقص على الغاصب ،

ولا يخرج على القولين في آكل الطعام ، لأنه ذبيح للناسب ، وهناك انتفع بأكله .

فرع

لو أمر الناسب رجلاً باتلاف المنسوب بالقتل والاحراق ونحوهما ، ففعله جاهلاً بالنسب ، فالمذهب : القطع بالاستقرار على التلف ، لأنه حرام ، بخلاف الآكل ، ولا أثر للتغريم مع التحريم ، وقيل على القولين .

فرع

تقدم المنسوب إلى مالكه ، فأكله جاهلاً بالحال ، فان قلنا في التقديم إلى الاجنبي : القرار على الناسب ، لم يبرأ من الضمان ، وإلا ، فيراً ، وربما نصر المراقبون الاول . ونقل الامام عن الاصحاب أن البراءة هنا أولى من الاستقرار على الآكل . ولو أودعه للمالك ، أو رهنه [عنده] ، أو أجره إياه جاهلاً بالحال ، فتلف عنده ، لم يبرأ من الضمان على المذهب ، وقيل بالقولين . ولو باعه للمالك ، أو أقرضه ، أو أعاره فتلف عنده ، برىء الناسب . ولو دخل المالك دار الناسب ، فأكل طعاماً يظنه للناسب ، فكان هو المنسوب ، برىء الناسب . ولو صال العبد المنسوب على مالكه ، قتلته المالك للدفع ، لم يبرأ الناسب ، سواء علم أنه عبده ، أم لا ، لأن الاتلاف بهذه الجهة كاتلاف العبد نفسه ، ولهذا لو كان العبد لغيره ، لم يضمنه . وفي وجهه : يبرأ عند العلم ، لاتلافه مال نفسه لمصلحته ، وهو ضعيف .

فرع

زوَّج المنصوبة بمالكها جاهلاً ، فتلفت عنده ، فهو كما لو أودعها عنده فتلفت ،

فلو استولدها ، نفذ الاستيلاد وبرى الغاصب على المذهب . ولو قال الغاصب للمالك : أعتق هذا ، فأعتقه جاهلاً ، نفذ العتق على الأصح ، لأنه لا يبطل بالجهل ، فعلى هذا ، يبرأ الغاصب على الأصح ، لعود مصلحة العتق إليه . وعلى الثاني : لا يبرأ ، فيطالبه بقيمته . ولو قال : أعتقه عني ، ففعل جاهلاً ، ففي نفوذ العتق وجهان ، إن نفذ ، ففي وقوعه عن الغاصب ، وجهان . الصحيح : المنع . ولو قال المالك للغاصب : أعتقه عني ، أو مطلقاً ، فأعتقه ، عتق وبرى الغاصب (١) .

الطرف الثاني : في المضمون ، قال الأصحاب رحمهم الله : المضمون هو المعصوم ، وهو قسبان .

أحدهما : ما ليس بمال ، وهو الاحرار ، فيضمون بالجناية على النفس والطرف ، بالباشرة تارة ، وبالتسبب أخرى ، وتفصيله في كتاب الديات .
الثاني : ما هو مال ، وهو نوعان : أعيان ، ومنافع . والأعيان ضربان : حيوان وغيره . والحيوان صنفان : آدمي وغيره .

أما آدمي : فيضمن النفس والطرف من الرقيق بالجناية كما يضمن الحر ، ويضمن أيضاً باليد العادية . وبدل نفسه : قيمته بالغة ما بلغت ، سواء قتل أو تلف تحت اليد العادية . وأما الأطراف والجراحات ، فما كان منها لا يتقدر واجبه في الحر ، فواجبه في الرقيق ما نقص من قيمته ، سواء حصل بالجناية ، أم فات تحت اليد العادية ، وما كان مقدراً في الحر ، ينظر ، إن حصل بجناية ، فقولان . الجديد الأظهر : أنه يتقدر من الرقيق أيضاً ، والقيمة في حقه كالدية في حق الحر ، فيجب في يد العبد نصف قيمته ، كما يجب في يد الحر نصف دية ، وعلى هذا ، القياس . والقديم : الواجب ما نقص من قيمته كسائر الاموال . وأما ما يتلف تحت اليد العادية ، كمن غصب عبداً فسقطت يده بأفة سماوية ، فالواجب فيه ما نقص على الصحيح . وفي وجه : إن كان النقص أقل من المقدّر ، وجب ما يجب على الجاني ، فعلى

(١) في الأصل : فأعتقه عنه ، برى الغاصب . وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و«شرح الوجيز» .

الجديد : لو قطع الناصب يد المنصوب ، لزمه أكثر الأمرين من نصف القيمة والارش . ولو قطع يديه ، فعليه كمال القيمة . وكذا لو قطع أنثيه ، فزادت قيمته . ولو كان الناقص بقطع الناصب ثلثي قيمته ، وجب ثلثا قيمته على القولين . أما على القديم ، فلأنه قدر النقص . وأما على الجديد ، فالنصف بالجناية ، والسدس باليد العادية . ولو كان النقص بسقوط اليد بآفة ثلث القيمة ، فهو الواجب على القديم ، وكذا على الجديد تفريعاً على الصحيح ، وعلى الوجه الآخر : الواجب نصف قيمته . والمكاتب ، والمستولدة ، والمدبّر ، حكمهم في الضمان حكم القن .

الصف الثاني : غير الآدمي من الحيوان ، فيجب فيه باليد والجناية قيمته ، وفي مائل من أجزائه ما نقص من قيمته ، ويستوي فيه الخيل ، والابل ، والحمر ، وغيرها .

الضرب الثاني : غير الحيوان ، وهو منقسم إلى مثلي ومتقوّم ، وسيأتي ضبطها وحكمها في الطرف الثالث إن شاء الله تعالى .

النوع الثاني : المنافع ، وهي أصناف .

منها : منافع الاموال من العبيد والثياب والارض وغيرها ، وهي مضمونة بالتفويت . والفوات تحت اليد العادية ، فكل عين لها منفعة تستأجر لها ، يضمن منفعتها إذا بقيت في يده مدة لها أجرة ، حتى لو غصب كتاباً وأمسكه مدة وطالعه ، أو مسكاً فشتمه ، أو لم يشمه ، لزمه أجرته . ولو كان العبد المنصوب يعرف صنائع ، لزمه أجرة أعلاها أجرة ، ولا يلزمه أجر الجميع . ولو استأجر عيناً لمنفعة ، فاستعملها في غيرها ، ضمنها .

قلت : ذكر القاضي أبو الطيب في تعليقه ، أنه لو غصب أرضاً ولم يزرعها ، وهي مما تنقص بترك الزرع كأرض البصرة وشبهها فإنها إذا لم تزرع نبت فيها

الدغل والحشيش ، كان عليه رد الحشيش وأجرة الارض ، ولم يذكر الفاضي أرض
النقص . والظاهر : أنه يجب . والله أعلم

ومنها : منفعة البضئع ، فلا تضمن بالقوات تحت اليد ، لان اليد لا تثبت
عليها ، ولهذا يزوج السيد المنصوبة ، ولا يؤجرها ، كما لا يبيعها ، وكذا لو تداعى
رجلان نكاح امرأة ، ادعى عليها ، ولا يدعى كل واحد منها على الآخر وإن كانت
عنده . وإذا أقرت لأحدهما ، حكم بأنها زوجته ، وذلك بدل على أن اليد لها ، ولأن منفعة
البضئع تُستحق استحقاق ارتفاق للحاجة ، وسائر المنافع تُستحق استحقاق ملك تام .
ولهذا ، من ملك منفعة بالاستئجار ، ملك نقلها إلى غيره بموضع أو غيره . والزوج لا يملك ،
نقل منفعة البضئع . فأما إذا فوت منفعة البضئع بالوطء ، فيضمن مهر المثل ، وسيأتي
تفريعه في الفصل الثالث من الباب الثاني إن شاء الله تعالى .

ومنها : منفعة بدن الحر ، وهي مضمونة بالتفويت . فإذا قهر حرأ وسخره في
عمل ، ضمن أجرته . وإن حبسه وعطل منافعه ، لم يضمنها على الأصح ، لأن
الحر لا يدخل تحت اليد ، فنافعه تفوت تحت يده ، بخلاف المال ، وقال ابن أبي هريرة :
يضمنها . ويقرب من الوجهين الخلاف في صورتين . إحداها : لو استأجر حرأ وأراد
أن يؤجره ، هل له ذلك ؟ والثانية : إذا أسلم الحر المستأجر نفسه ، ولم يستعمله
المستأجر إلى انقضاء المدة التي استأجره فيها ، هل تنقرر أجرته ؟ قال الأكثرون :
له أن يؤجره وتنقرر أجرته . وقال القفال : لا يؤجره ولا تنقرر أجرته ، لأن
الحر لا يدخل تحت اليد ، ولا تحصل منافعه في يد المستأجر ، ويدخل في ضمانه
إلا عند وجودها ، هكذا ذكر الأصحاب [توجيه] الخلاف في المسائل الثلاث ، ولم يجعلوا
دخول الحر تحت اليد مختلفاً فيه ، بل اتفقوا على عدمه ، ولكن من جوّز إجارة

المستأجر، وقرر الأجرة ، بنى الأمر على الحاجة والمصلحة ، وجعل الغزالي الخلفاء في المسائل مبنياً على التردد في دخوله تحت اليد ، ولم نر ذلك لغيره .

فرع

في دخول ثياب الحر في ضمان مَنْ استولى عليه ، تفصيل مذكور في كتاب السرقة.

فرع

قال المتولي : لو نقل حراً صغيراً أو كبيراً بالقهر إلى موضع ، فإن لم يكن له غرض في الرجوع إلى الموضع الأول ، فلا شيء عليه . وإن كان واحتاج إلى مؤنة ، فهي على الناقل ، لتعديبه .

ومنها : منفعة الكلب ، فمن غصب كلب صيد أو حراسة ، لزمه رده مع مؤنة الرد إن كان له مؤنة . وهل تلزمه أجرة منفعته ؟ وجهان ، بناءً على جواز إجارتها . وفيما اصطاده الغاصب بالكلب المفصوب ، وجهان . أحدهما : للمالك ، كصيد العبد وكسبه . وأصحها : للغاصب ، كما لو غصب شبكة أو قوساً واصطاد بهما ، فإنه للغاصب . ويجري الوجهان ، فيما لو اصطاد بالبازي والفهد المفصوبين . وحيث كان الصيد للغاصب ، لزمه أجرة مثل المفصوب . وحيث كان للمالك كصيد العبد ، ففي وجوب الاجرة لزم الاصطياد وجهان . أصحها : الوجوب ، لأنه ربما كان يستعمله في شغل آخر .

قلت : والوجهان فيما إذا لم تنقص قيمة الصيد عن الاجرة ، فإن نقصت ، وجب الناقص قطعاً . والله أعلم

فرع

المفصوب ، إذا دخله نقص ، هل يجب أرشه مع الأجرة ؟ نظر ، إن كان النقص بسبب غير الاستعمال ، بأن غصب ثوباً أو عبداً ، فنقصت قيمته بآفة سماوية كسقوط عضو العبد بمرض ، وجب الأرض مع الأجرة ، ثم الأجرة الواجبة لهما قبل حدوث النقص ، أجرة مثله سليماً ، ولهما بعده ، أجرة مثله معيماً . وإن كان النقص بسبب الاستعمال ، بأن لبس الثوب فأبلاه ، فوجهان . أصحها : يحسان ، وإثناي : لا يجب إلا أكثر الأمرين من أجرة المثل وأرش النقص .

فرع

سيأتي إن شاء الله تعالى ، أن العبد المفصوب إذا تعذر رده بآفة ، غرم الغاصب قيمته للحيلولة ، وتلزمه مع ذلك أجرة المثل للمدة الماضية قبل بذل القيمة ، وفيما بعدها ، وجهان . أصحها : الوجوب ، لبقاء حكم الغصب . ويجري الوجهان في أن الزوائد الحاصلة بعد دفع القيمة ، هل تكون مضمونة على الغاصب ؟ وفي أنه هل يلزمه مؤنة ردها ؟ وفي أن جناية الآبق في إبقائه ، هل يتعلق ضمناً بالغاصب ؟ ولو غيب الغاصب المفصوب إلى مكان بعيد ، وعسر رده ، وغرم القيمة ، قال الامام : وطرّد شيخني في هذه الصورة ، الخلاف في الأحكام المذكورة ، ومنهم من قطع بوجوب الاجرة وثبوت سائر الأحكام . والفرق ، أنه إذا غيبه باختياره ، فهو باقٍ في يده وتصرفه ، فلا ينقطع عنه الضمان .

فرع (١)

الحجر والخنزير ، لا يضمنان [لا] لمسلم ولا لذي ، سواء أراك حيث تجوز الازاقة ، أم حيث لا تجوز. ثم خمر أهل الذمة لا تراق إلا إذا تظاهروا بشرها أو بيعها. ولو غصبت منهم والعين باقية ، وجب ردها ، وإن غصبت من مسلم ، وجب ردها إن كانت محترمة ، وإن لم تكن محترمة ، لم يجب ، بل تراق .

فرع

آلات الملاهي كالبربط والطنبور وغيرها ، وكذا الصنم والصليب ، لا يجب في إبطالها شيء ، لأنها محرمة الاستعمال ، ولا حرمة لتلك الصنعة . وفي الحد المشروع في إبطالها ، وجهان . أحدهما : تكسر وتُرضض حتى تنتهي إلى حدٍّ لا يمكن اتخاذ آلة محرمة منها ، لا الأولى ولا غيرها. وأصحها : لا تكسر الكسر الفاحش لكن تفصل . وفي حد التفصيل وجهان . أحدهما : قدر لا يصلح معه للاستعمال المحرم، حتى إذا رفع وجه البربط وبقي على صورة قصعة ، كفى . والثاني : أن يفصل إلى حد [حتى] لو فرض اتخاذ آلة محرمة من مفصلها لنال الصانع التعب الذي يناله في ابتداء الاتحاد ، وهذا بأن يبطل تأليف الأجزاء كلها حتى تعود كما كانت قبل التأليف ، وهذا أقرب إلى كلام الشافعي رضي الله عنه وجماهير الأصحاب . ثم ما ذكرناه من الاختصار (٢) على تفصيل الأجزاء، هو فيما إذا تمكن المحتسب منه ، أما

(١) في نسخ الظاهرية : فصل . (٢) في الأصل : « على الاقتصار » .

إذا منعه من في يده ودافعه عن المنكر ، فله إبطاله بالكسر قطعاً . وحكى الامام اتفاق الأصحاب على أن قطع الاوتار لا يكفي لأنها مجاورة لها منفصلة . ومن اقتصر في إبطالها على الحد المشروع ، فلا شيء عليه . ومن جاوزه ، فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة بالحد المشروع ، وبين قيمتها منتهية إلى الحد الذي أتى به . وإن أحرقها فعليه قيمتها مكسورة الحد المشروع .

قلت : قال الغزالي في « البسيط » : أجمعوا على أنه لا يجوز إحراقها ، لأن رضاضها متمول . ومما يتعلق بهذا الفصل ، أن الرجل ، والمرأة ، والعبد ، والفاسق ، والصبي المميز ، يشتركون في جواز الاقدام على إزالة هذا المنكر وسائر المنكرات ، ويثاب الصبي عليها كما يثاب البالغ ، ولكن إنما تجب إزالته على المكلف القادر . قال الغزالي في « الاحياء » : وليس لأحد منع الصبي من كسر الملاهي وإراقة الخمر وغيرها من المنكرات ، كما ليس له منع البالغ ، فإن الصبي وإن لم يكن مكلفاً ، فهو من أهل القرب ، وليس هذا من الولايات ، ولهذا يجوز للعبد والمرأة وآحاد الرعية ، وميأتي ذلك مبسوطاً مع ما يتعلق به في كتاب « السير » ، إن شاء الله تعالى . والله أعلم

الطرف الثالث : في قدر الواجب ، فما كان مثلياً ، ضمن بمثله . وما كان متقوماً ، فالقيمة . وفي ضبط المثلي أوجه ، أحدها : كل مقدر بكيل أو وزن فهو مثلي ، وينسب هذا إلى نص الشافعي رضي الله عنه ، لقوله في « المختصر » : وما له كيل أو وزن ، فعليه مثل كيله أو وزنه . والثاني : يزداد مع هذا جواز السلم فيه . والثالث : زاد القفال وآخرون اشتراك جواز بيعه بيمض . والرابع : ما يقسم بين الشريكين من غير تقويم . والخامس ، قاله المراقبون : المثلي ما [لا] تختلف أجزاء النوع منه في القيمة ، وربما قيل في الجرم والقيمة . ويقرب منه قول : من

قال : المثلي : المتشاكل في القيمة ^(١) ومعظم النافع . وما اختاره الامام ، هو تساوي الأجزاء في المنفعة والقيمة ، فزاد المنفعة ، واختاره الغزالي ، وزاد من حيث الذات لا من حيث الصنعة . والوجه الأول منقوض بالمعجونات . والثالث : بعيد عن اختيار أكثر الأصحاب لأنهم أعرضوا عن هذا الشرط ، وقالوا : امتناع بيع بعضه [بيع] لرعاية الكمال في حال التماثل بمزول عما نحن فيه . والرابع : لا حاصل له ، فانه منتقض بالأرض المتساوية ، فانها تنقسم كذلك ، وليست مثلية . والخامس : ضعيف أيضاً منتقض بأشياء ، فالأصح الوجه الثاني ، لكن الأحسن أن يقال : المثلي : ما يحصره كيل أو وزن ، ويجوز السلم فيه ، ولا يقال : مكيل أو موزون ، لأن المفهوم منه ما يعتاد كيله ووزنه ، فيخرج منه الماء وهو مثلي ^(٢) ، وكذا التراب وهو مثلي على الأصح . ويحصل من الخلاف اختلاف في الصفر ، والنجاس ، والحديد ، لأن أجزائها مختلفة الجواهر ، وكذا في التبر ، والسيكة ، والمسك ، والعنبر ، والكافور ، والخلج ، والجمد ، والقطن ، نمل ذلك . وفي العنب والرطب وسائر الفواكه الرطبة لامتناع بيع بعضها ببعض ، وكذا الدقيق . والأصح : أنها كلها مثلية . وفي السكر والفانيذ ^(٣) والعسل المصفى بالنار واللحم الطري ، للخلاف في جواز بيع كل منها بجنسه ، وفي الخبز ، لامتناع بيع بعضه ببعض ، وأيضاً الخلاف في جواز السلم فيه . وأما

(١) في نسخ الظاهرية و « شرح الوجيز » : المثلي المتشاكل في الخلقة .

(٢) وعلى هامش الأصل ما نصه : قوله : فيخرج منه الماء وهو مثلي ، مقتضى كلامه في « الروضة » تبعاً للرافعي في آخر « إحياء الموات » أن الماء متقوم ، حيث قال : فرع : سقى أرضه بماء مملوك لغيره ، فالغلة لصاحب البذر . وعليه قيمة الماء . انتهى . فلو كان مثلياً يرد مثله لا قيمته « عمدة » قال صاحب « المباهات » هذا سهو ، والصواب إيجاب مثل الماء ، لا قيمته . ولعلم أن المراد بالماء ، هو الماء البارد ، لا الحار ، فانه متقوم ، لدخول النار فيه ، ودرجات حره لا تنضب ، كذا ذكره ابن الرفعة في مطلبه في كتاب الاجارة في الكلام على دخول الحمام « عمدة » .

(٣) الفانيذ : نوع من الحلوى .

الحبوب ، والأدهان ، والألبان ، والسمن ، والخيض ، والخل الذي ليس فيه ماء ، والزبيب ، والتمر ، ونحوها ، فثلية بالاتفاق . والدرهم ، والدنانير الخالصة ، مثلية . ومقتضى العبارة الثانية ، جريان خلاف فيها ، لأن في السلم فيها خلافاً سبق .

قلت : الصواب المعروف الذي قطع به الأصحاب : أنها مثلية . والله أعلم

وفي المكسرة ، الخلاف في التبر والسبيكة ، أما الدرهم والدنانير المغشوشة ، فقال المتولي : إن جوزنا المعاملة بها ، فثلية ، وإلا ، فثقومة .

فصل

إذا غصب مثلياً وتلف في يده ، والمثل موجود ، فلم يسلمه حتى فقد ، أخذت منه القيمة . والمراد بالفقدان : [أن] لا يوجد في ذلك البلد وحواليه على ما سبق في انقطاع المسلم فيه ، وفي القيمة المعتبرة أحد عشر وجهاً . أصحابها : يجب أقصى القيم من يوم الغصب إلى الاعواز . والثاني : أقصاها من الغصب إلى التلف . والثالث : أقصاها من التلف إلى الاعواز ، وربما بني هذان الوجهان على أن الواجب عند إعواز المثل ، هل هو قيمة المغصوب لأنه الذي أتلف على المالك ، أم قيمة المثل لأنه الواجب عند التلف ، وفيه وجهان لأبي الطيب ابن سلمة . والرابع : أقصاها من الغصب إلى تغريم القيمة والمطالبة بها . والخامس : أقصاها من الاعواز إلى المطالبة . والسادس : أقصاها من تلف المغصوب إلى المطالبة . والسابع : قيمته يوم التلف . والثامن : يوم الاعواز ، اختاره أبو علي الزجاجي ، بضم الزاي ، والخنساطي ، بالخاء المهملة ، والماوردي ، وأبو خلف السُّلَمي . والتاسع : يوم المطالبة . والعاشر : إن كان منقطعاً في جميع البلاد ، فقيمة يوم الاعواز . وإن فقد هناك فقط ، فقيمة يوم الحكم بالقيمة . والحادي عشر : حكى عن الشيخ أبي حامد إن ثبت عنه : قيمة يوم

أخذ القيمة ، لا يوم المطالبة ، ولو غصب مثلياً فتلف والمثل مفقود ، فالقياس : أنه يجب على الوجه الاول . والثاني : أقصى القيم من الغصب إلى التلف . وعلى الثالث والسابع والثامن : [قيمة] يوم التلف ، وأن يعود . والرابع والسادس والتاسع بحالها . وعلى الخامس أقصى القيم من التلف إلى يوم التقويم ^(١) . والعاشر بحاله .

قلت : والحادي عشر بحاله . والله أعلم

ولو أتلّف لرجل مثلياً بلا غصب ، وكان المثل موجوداً فلم يسلمه حتى فقد ، فعلى الوجه الثاني : قيمة يوم الاتلاف وعلى الأول واثالث : أقصى القيم من الاتلاف إلى الاعواز . وعلى الرابع : من الاتلاف إلى التقويم ^(١) . والقياس : عود الأوجه الباقية . ولو أتلّفه والمثل مفقود ، فالقياس أن يقال : على الأوجه الثلاثة الأوائل ، والسابع والثامن : تجب قيمة يوم الاتلاف . وعلى الرابع والخامس والسادس : أقصى القيم من الاتلاف إلى التقويم ^(١) . وعلى التاسع : قيمة يوم التقويم ^(١) . وعلى العاشر : إن كان مفقوداً في جميع البلاد ، فيوم الاتلاف ، وإلا ، فيوم التفرير .

فرع

متى غرم الغاصب أو المتلف القيمة لاعواز المثل ، ثم وجد المثل ، هل للمالك رد القيمة وطلب المثل ؟ وجهان . أصحابهما : لا .

قلت : ويجريان ، في أن الغاصب والمتلف ، هل لهما رد المثل وطلب القيمة .
والله أعلم

(١) في نسخ الظاهرية و « شرح الوجيز » : التفرير .

فرع

في أن المثل ، هل يؤخذ مثله مع اختلاف الزمان والمكان

أما المكان ؛ فإذا غصب مثلياً ونقله إلى بلد آخر ، كان للمالك أن يكلفه رده ، وله أن يطالبه بالقيمة في الحال للحيلولة . ثم إذا رده الغاصب ، رد القيمة واسترده . فلو تلف في البلد للنقل إليه ، طالبه بمثله حيث ظفر به من البلدين لتوجه الطلب عليه برد العين في الموضعين . فان فقد المثل ، غرمه [قيمة] أكثر البلدين قيمة . ولو أُتلف مثلياً أو غصبه وتلف عنده في بلد ، ثم ظفر به في آخر ، هل له مطالبة بالمثل ؟ فيه ثلاثة أوجه . الصحيح الذي قطع به الأكثرون : إن كان مما لا مؤنة لنقله كالدرهم والدنانير ، فله المطالبة بالمثل ، وإلا ، لم يكن له طلب المثل ، ولا للغارم تكليفه قبوله لِمَا فيه من الضرر ، وللمالك أن يغرّمه قيمة بلد التلف ، فان تراضيا على المثل ، لم يكن له تكليفه مؤنة النقل . والوجه الثاني : يطالبه بالمثل . وإن لُزمت مؤنة وزادت القيمة كما لو أُتلف مثلياً في وقت الرخص ، له طلب المثل في الغلاء . والثالث : إن كانت قيمة ذلك البلد لا تزيد على قيمة بلد التلف ، طالبه بالمثل ، وإلا ، فلا . وإذا قلنا بالنع ، فأخذ القيمة ، ثم اجتمعنا في بلد التلف ، هل للمالك رد القيمة وطلب المثل ؟ وهل لصاحبه استرداد القيمة وبذل المثل ؟ فيه الوجهان فيما لو غرم القيمة لاعواز المثل . ولو نقل المصوب المثلي إلى بلد ، وتلف هناك ، أو أُتلفه ثم ظفر به المالك في بلد ثالث وقلنا : إنه لا يطالب بالمثل في غير موضع التلف ، فله أخذ قيمة أكثر البلدين قيمة . وأما إذا اختلف الزمان ، فله المطالبة بالمثل وإن زادت القيمة ، وليس له إلا ذلك وإن نقصت القيمة . هذا كله إذا لم يخرج المثل باختلاف الزمان والمكان عن أن يكون له قيمة ومالية . فأما إن خرج بأن أُتلف ماءه في مفازة ، ثم اجتمعنا على شط نهر أو في بلد ، أو أُتلف عليه الجَمَد في الصيف ، واجتمعنا في الشتاء ، فليس للمتلف بذل المثل ، بل عليه قيمة المثل في مثل تلك المفازة ، [وفي الصيف ، وإذا غرم القيمة ثم اجتمعنا في مثل تلك المفازة] أو في الصيف ،

فهل يثبت التّرادف ؟ فيه الوجهان. وأما المسلم إليه والمقتضى ، إذا ظفر به المالك في بلد آخر ، ففي مطالبته كلام سبق في كتاب السلم .
قلت : ولو قال المستحق : لا آخذ القيمة بل انتظر وجود المثل ، فله ذلك ، نقله في « البيان » ، ويحتمل أن يجيء فيه الخلاف ، في أن صاحب الحق إذا امتنع من قبضه ، هل يجبر ، ويمكن الفرق . ولو لم يأخذ القيمة حتى وجد المثل ، تعين قطعاً . والله أعلم

فصل

الذهب والفضة ، إن كانا مضروبين ، فقد سبق أنها مثليان ، وإلا ، فإن كان فيها صنعة بأن أتلّف حلياً وزنه عشرة وقيّمته عشرون ، فأربعة أوجه . أحدها : يضمن العين بوزنها من جنسها ، والصنعة بقيمتها من غير جنسها ، سواء كان ذلك نقد البلد ، أم لا ، لأننا لو ضمناه الجميع بالجنس لقابلنا عشرة بعشرين وذلك ربا . والثاني : يضمن العين بوزنها من جنسها ، والصنعة بنقد البلد ، كما لو أتلّف الصنعة وحدها بكسر ، يضمن بنقد البلد ، سواء كان من جنس المكسور ، أم لا . والثالث : يضمن الكل بغير جنسه تحرّراً عن الفاضل ، وعن اختلاف الجنس في أحد الطرفين . والرابع ، وهو أصحها : يضمن الجميع بنقد البلد وإن كان من جنسه ، ولا يلزم من ذلك الربا ، فإنه إنما يجري في العقود لا في هذه الغرامات ، هكذا نقل الجمهور ، وأحسن منه ترتيب البغوي ، وهو أن صنعة الحلي متقومة ، وفي ذاته الوجهان السابقان في التبر . فإن قلنا : متقوم ، ضمن الكل بنقد البلد كيف كان ، وإن قلنا : مثلي ، فوجهان . أحدهما : يضمن الجميع بغير جنسه . وأصحها : يضمن الوزن بالمثل ، والصنعة بنقد البلد ، سواء كان من جنسه ، أم من غيره . ولو أتلّف

إناء من ذهب أو فضة ، فإن جوزنا اتخذه ، فهو كما لو أتلّف حلياً ، وإن منضاه ، فهو كاتلاف مالا صنعة له . ولو أتلّف مالا صنعة فيه كالتمر والسيكة . فإن قلنا : هو مثلي ، ضمن مثله ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : يضمن قيمته بنقد البلد ، سواء كان من جنسه ، أم لا كسائر المتقومات . والثاني : أن الجواب كذلك ، إلا إذا كان نقد البلد من جنسه ، وكانت القيمة تزيد على الوزن ، فحينئذ يقوم بغير الجنس ويضمن به ، وهذا اختيار العراقيين .

فصل

إذا تغير المغصوب ، فقد يكون متقوماً ثم يصير مثلياً ، وعكسه ، ومثلياً فيها ، ومتقوماً فيها .

الحال الأول : كمن غصب رطباً وقلنا : إنه متقوم فصار تمرأ ، ثم تلف عنده ، فوجهان . أحدهما ، وبه قطع العراقيون : يضمن مثل التمر ، لأنه أقرب إلى الحق ، وأنشبهها ، وبه قطع البغوي : إن كان الرطب أكثر قيمة ، لزمه قيمته لثلا تضعيع الزيادة ، وإن كان التمر أكثر أو استويا ، لزمه المثل ، واختار الغزالي أنه يتخير بين مثل التمر وقيمة الرطب .

الحال الثاني : كمن غصب حنطة فطحنها ، وتلف اللدقيق عنده أو جملة خبزاً وأتلفه ، وقلنا : لا مثل اللدقيق والخبز ، أو تمرأ واتخذ منه خلأ بالماء ، فعلى قول العراقيين : يضمن المثل وهو الحنطة والتمر ، وعلى ما قطع به البغوي : إن كان المتقوم أكثر قيمة ، غرمها ، وإلا فالثل ، وعن القاضي حسين : يغرم أكثر القيم ، وليس لذلك مطالبته بالمثل . فعلى هذا ، إذا قيل : من غصب حنطة في الغلاء فتلاف المغصوب عنده ، ثم طالبه المالك في الرخص ، فهل يغرمه المثل أو القيمة ، لم يصح

إطلاق الجواب بواحد منها ، بل الصواب أن يقال : إن تلفت وهي حنطة ، غرم المثل . وإن صار إلى حالة التقويم ثم تلف ، فالقيمة .

الحال الثالث : كمن غصب سمياً فاتخذ منه شيرجاً ثم تلف عنده ، قال العراقيون والغزالي : يفرمه المالك ما شاء منهما . وقال البغوي : إن كان قيمة أحدهما أكثر ، غرم مثله ، وإلا ، فيتخير المالك ما شاء منها .
الحال الرابع : يجب فيه أقصى القيم .

فرع

إذا لزمه المثل ، لزمه تحصيله إن وجدته بضمن المثل . فإن لم يجده إلا بزيادة ، فوجهان . أصحهما عند البغوي ، والروايي : يلزمه المثل ، لأن المثل كالعين ، ويجب رد العين وإن لزم في مؤنته أضعاف قيمته . وأصحهما عند آخرين ، منهم الغزالي : لا يلزمه تحصيله ، لأن الموجود بأكثر من ثمنه كالعدوم ، كالرقبة ، وماء الطهارة ، ويخالف العين ، فإنه تعدى فيها دون المثل .

قلت : هذا الثاني أصح ، وقد صححه أيضاً الشاشي . والله أعلم

فصل

غصب متقوماً فتلف عنده ، لزمه أقصى قيمته من يوم غصبه إلى تلفه ، ويجب قيمته من نقد البلد الذي تلف فيه ، فلو كانت مائة فصارت مائتين ، ثم عادت بالرخص إلى خمسين ، ثم تلف ، لزمه مائتان . ولو تكرّر ارتفاع السعر وانخفاضه ، لم يضمن كل زيادة ، وإنما يضمن الأكثر ، ولا أثر لارتفاع السعر بعد التلف

قطماً . ولو أتلّف متقوماً بلا غضب ، لزمه قيمته يوم الاتلاف . فان حصل التلف بتدرج وسراية ، واختلفت قيمته في تلك المدة بأن جنى على بهيمة قيمتها مائة يومئذ ، ثم هلكت وقيمة مثلها خمسون ، فقال القفال : يلزمه المائة ، لأننا إذا اعتبرنا الأقصى في اليد العادية ، ففي نفس الاتلاف أولى .

فرع

لو لم يهلك المصوب ، لكن أبى ، أو غيَّبَه الغاصب ، أو ضلَّت الدابة ، أو ضاع الثوب ، فلمالك أن يضمته القيمة في الحال للحيلولة . والاعتبار بأقصى القيم من الغصب إلى المطالبة ، وليس للغاصب أن يلزمه قبول القيمة ، لأن قيمة الحيلولة ليست حقاً ثابتاً في الذمة حتى يُجبر على قبوله ، أو الإبراء منه ، بل لو أبرأه المالك عنها ، لم ينفذ . وفي وجه : هي كالحقوق المستقرة ، وهو شاذ . ثم القيمة المأخوذة ، يملكها المالك كما يملك عند التلف ، وينفذ تصرفه فيها ، ولا يملك الغاصب المصوب ، فإذا ظفر بالمصوب ، فلمالك استرداده ورد القيمة ، وللغاصب رده واسترداد القيمة . وهل له حبس المصوب إلى أن يستردها ؟ حكى القاضي حسين عن نص الشافعي رضي الله عنه : أن له ذلك ، كما حكى ثبوت الحبس للمشتري في الشراء الفاسد لاسترداد الثمن ، لكن سبق في البيع ذكر الخلاف في ثبوت الحبس للمشتري ، وذكرنا أن الأصح : المنع ، ويشبه أن يكون حبس الغاصب في معناه ، والمنع هو اختيار الامام في الموضعين . وإذا كانت الدراهم المبذولة بعينها باقية في يد المالك ، فالشيخ أبي محمد تردد في أنه هل يجوز للمالك إمساكها وغرامة مثلها ، أم لا .

قلت : الأقوى : أنه لا يجوز . والله أعلم

ولو اتفقا على ترك التراد ، فلا بد من بيع ليصير المصوب للغاصب ، ثم التضمين

للحيلولة ، لا يختص بالتقومات ، بل يثبت في كل منصوب خرج من اليد وتعذر رده .
قلت : قد حكى صاحب « البيان » عن القفال : أن المالك لا يملك القيمة
المأخوذة للحيلولة ، بل ينتفع به على ملك الغاصب ، لئلا يجتمع في ملكه البدل
والمبدل ، وهذا شاذ ضعيف نهت عليه لئلا يفتقر به . قال في « البيان » : ولو ظهر
على المالك دين مستغرق ، فالغاصب أحق بالقيمة التي دفعها ، لأنها عين ماله . وإن
تلفت في يد المالك ، رجع الغاصب بثاتها . وإن كانت باقية زائدة ، رجع في زيادتها
للمتصلة دون المنفصلة . قال القاضي أبو الطيب ، والجرجاني : هذا إذا تصور كون القيمة
مما يزيد . والله أعلم

فرع

سبق أن منافع المنصوب مضمونة . فلو كانت الاجرة في مدة النصب متفاوتة ،
فثلاثة أوجه حكاها القاضي أبو سعد بن أبي يوسف . أصحابها : يضمن في كل
بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها فيه . والثاني : كذلك إن كانت الأجرة في أول
المدة أقل ، فإن كانت في الأول أكثر ، ضمنها بالأكثر في جميع المدة ، لأنه لو كانت
العين في يده ، فرما يكرها بها في جميع المدة . والثالث : بالأكثر في جميع المدة
مطلقاً ، وهو ضعيف .

فصل

زوائد المنصوب ، منفصلة كانت ، كالولد والثمرة والبيض ، أو متصلة ، كالسمن
وتعلم الصنعة ، مضمونة على الغاصب كالأصل ، سواء طلبه المالك بالرد ، أم لا .

الطرف الرابع : في الاختلاف ، وفيه مسائل .

الأولى : ادعى الغاصب تلف المصوب ، وأنكر المالك . فالصحيح أن القول قول الغاصب مع يمينه ، وقيل : قول المالك بيمينه ، فعلى الصحيح ، إذا حلف الغاصب ، هل للمالك تفرغه المثل أو القيمة ؟ وجهان . أصحهما : نعم .

الثانية : اتفقا على الهلاك واختلغا في قيمته ، صدق الغاصب لأن الأصل براءته ، وعلى المالك البيّنة ، وينبغي أن يشهد الشهود أن قيمته كذا ، أما إذا أراد إقامة البيّنة على صفات العبد ليقوم به المقومون بتلك الصفات ، ففي قول : يقبل ويقوم بالأوصاف ، وينزل على أقل الدرجات كالسكّيم ، والمشهور : المنع ، للفاوت . قال الامام : لكن يستفيد المالك بالبيّنة على الأوصاف لإبطال دعوى الغاصب مقداراً حقيراً لا يليق بتلك الصفات ، ويصير كما لو أقر الغاصب بصفات في العبد تقتضي النفاسة ، ثم قومه بحقير لا يليق بها ، لا يلتفت إليه ، بل يؤمر بالزيادة إلى أن يبلغ حداً يجوز أن يكون قيمة لمثل ذلك الموصوف . ولو قال المالك : قيمته ألف ، وقال الغاصب : بل خمسمائة ، وجاء المالك بينة أنها أكثر من خمسمائة من غير تقدير ، فقول : لا تسمع هكذا ، والأكثر من سمعوها ، قالوا : وفائدة السماع أن يكلف الغاصب زيادة على خمسمائة إلى حد لا يقطع البيّنة بزيادة عليه ، ولو قال المالك : لا أدري كم قيمته ، لم تسمع دعواه حتى يبيّن . وكذا لو قال الغاصب : أعلم أنه دون ما ذكره ، ولا أعرف قدره ، لم تسمع حتى يبيّن ، فإذا بيّن حلف عليه .

الثالثة : قال المالك : كان العبد كاتباً أو محترفاً ، فأنكر الغاصب ، فالصحيح أن القول قول الغاصب ، وقيل : قول المالك ، لأنه أعرف بملكه . ولو ادعى الغاصب به عيباً وأنكر المالك ، نظر ، إن ادعى عيباً حادثاً فقال : كان أقطع أو سارقاً ، ففي المصدق قولان ، أظهرهما : المالك . وإن ادعى عيباً خلتقياً ، فقال : كان أمه أو ولد أعرج أو عديم اليد ، فالمصدق الغاصب على الصحيح ، لأن

الأصل العدم ، ويمكن المالك البينة . والثاني : يصدق المالك نظراً إلى غلبة السلامة .
والثالث : يفرق بين ما ينذر من العيوب وغيره .
الرابعة : ردّ المغصوب وبه عيب ، وقال : غضبته هكذا ، وقال المالك :
حدث العيب عندك ، صدّق الغاصب ، قاله المتولي .

قلت : وقاله ابن الصباغ أيضاً ، ونقله في « البيان » . والله أعلم

الخامسة : تنازعا في الثياب التي على العبد ، صدّق الغاصب ، لثبوت يده .
السادسة : قال : غضبت داري بالكوفة ، فقال : غضبتها بالمدينة ، فالقول قول
المدعى عليه أنه لم يغصب بالكوفة . وأما دار المدينة ، فإن واقفه المدعى عليها ،
ثبتت ، وإلا ، فيبطل إقراره بها ، لتكذيبه .
قلت : ومثله لو قال : غضبت مني عبداً فقال : بل جارية ، ونحو ذلك .

والله أعلم

السابعة : غضب خيراً محترمة فهلكت عنده ، فقال المغصوب منه : هلكت بعد
التخلل ، فقال الغاصب : قبله ، صدّق الغاصب .
الثامنة : قال : طعامي الذي غضبته كان جديداً ، فقال الغاصب : بل عتيقاً ،
صدّق الغاصب بيمينه . فإن نكل ، حلف المالك ، ثم له أخذ العتيق لأنه دون حقه .
التاسعة : باع عبداً فجاء زيد وادعى أنه ملكه وأن البائع كان غضبه منه ،
فلا شك أن له دعوى عين العبد على المشتري . وفي دعواه القيمة على البائع
ما ذكرناه في الإقرار . فإن ادعى العين على المشتري فصدقه ، أخذ العبد منه ،
ولا رجوع له بالثمن على البائع . وإن كذبه المشتري ، فأقام زيد بيّنة ، أخذه
ورجع المشتري بالثمن على البائع . وإن لم يقيم بيّنة ونكل المشتري ، حلف زيد وأخذه ،
ولا رجوع للمشتري بالثمن ، لتقصيره بالنكول . وإن صدقه البائع دون المشتري ، لم يقبل

إقرار البائع على المشتري وبقي البيع بحاله، إلا أن يكون إقراره بالنصب في زمن الخيار ، فيجعل ذلك فسخاً للبيع . ثم لو عاد العبد إلى البائع بارث أو ردّ بميب ، لزمه تسليمه إلى زيد . وإن صدقه البائع والمشتري جميعاً ، سلم العبد إلى زيد ، وعلى البائع رد الثمن أو بدله إن كان تالفاً . ولو جاء المدعي بعدما أعتق المشتري العبد وصدقه البائع والمشتري ، لم يطل العتق ، سواء وافقها العبد أو خالفها ، لأن في عتقه حقاً لله تعالى ، بخلاف ما لو كاتبه المشتري ، ثم توافقا على تصديق المدعي ، لأن الكتابة قابلة للفسخ . والمدعي في مسألة الاعتراف قيمة العبد على البائع إن اختص بتصديقه ، وإذا أوجبنا الغرم للحيلولة فيما إذا أقرّ به لزيد ثم لمعرو ، وعلى المشتري إن اختص بتصديقه ، وعلى من شاء منها إن صدقاه جميعاً . وقرار الضمان على المشتري ، إلا أن تكون القيمة في يد البائع أكثر ، فلا يطالب المشتري بالزيادة . ولو مات المقتن وقد كسب مالاً ، فهو للمدعي ، لأن المال خالص حق آدمي ، وقد توافقا أنه مستحقه ، بخلاف العتق ، كذا أطلقوه . قال الامام : وهو محمول على كسب يستقل به العبد ، فأما كسب يحتاج إلى إذن السيد ، فلا يستحقه المدعي ، لاعترافه بخلوه عن الاذن .

قلت : ولو ادعى الغاصب رد المصوب حياً وأقام به يئنة ، فقال المالك : بل مات عندك وأقام به يئنة ، تعارضت اليئنتان وسقطتا ، وضمن الغاصب ، لأن الأصل بقاء النصب . ولو قال : غصبنا من زيد ألفاً ، ثم قال : كنا عشرة أنفس ، وخالفه زيد ، قال في « البيان » : قال بعض أصحابنا : القول قول الغاصب يمينه ، لأن الأصل براءته مما زاد . والله أعلم

الباب الثاني في الطوارئ على المفصوب

فيه ثلاثة أطراف .

الأول : في النقص ، وهو ثلاثة أقسام .

الأول : نقص القيمة فقط ، كمن غصب ما يساوي عشرة ، فرده بحاله وهو يساوي درهماً ، فلا شيء عليه، وقال أبو ثور : يلزمه نقص القيمة ، وواقفه بعض أصحابنا ، وهذا شاذ .

القسم الثاني : نقص القيمة والأجزاء ، فالجزء الفائت ، مضمون بقسطه من أقصى القيم من النصب إلى التلف ، والنقص الحاصل بتفاوت السعر في الباقي المردود غير مضمون .

مثاله : غصب ثوباً قيمته عشرة ، فعادت بالرخص إلى درهم، ثم لبسه فأبلاه حتى عادت إلى نصف درهم ، يردّه مع خمسة دراهم ، لأن بالاستعمال انسحقت أجزاء من الثوب ، وتلك الأجزاء في هذه الصورة، نصف الثوب ، فيغرم النصف بمثل نسبته من أقصى القيم كما يغرم الكل عند تلفه بالأقصى . ولو كانت القيمة عشرين وعادت بانخفاض السعر إلى عشرة، ثم لبسه وأبلاه فعادت إلى خمسة ، لزمه مع ردّه عشرة . ولو كانت عشرة فعادت بالانخفاض إلى خمسة ، ثم لبسه فأبلاه حتى عادت إلى درهم ، لزمه مع ردّه ستة، لأنه تلف بالاستعمال ثلاثة أخماس الثوب، فيغرمها بثلاثة أخماس أقصى القيم. قال الشيخ أبو علي : وأخطأ بعضهم فقال: يلزمه ثلاثة لأنها الناقصة بالاستعمال ، وقياس قول هذا: أن يلزم في الصورة الأولى نصف درهم ، وفي الثانية خمسة . ولو غصبه وقيّمته عشرة فعاد بالاستعمال إلى خمسة ، ثم انخفض السعر فعادت إلى درهمين فردّه ، لزمه مع الرد الخمسة الناقصة بالاستعمال ،

ولا يضمن النقصان الحاصل في البالي المردود. ولو غصب ثوباً قيمته عشرة ، فلبسه وأبلاه حتى عادت إلى خمسة ، ثم ارتفع السعر فصارت قيمته وهو بال عشرة ، قال ابن الحداد ، وبعض الأصحاب : يغرم مع ردِّ الثوب عشرة ، لأن الباقي من الثوب نصفه وهو يساوي عشرة . وقال الجمهور : لا يغرم مع ردِّه إلا الخمسة الناقصة بالاستعمال ، ولا عبرة بالزيادة الحاصلة بعد التلف . قال الامام : والصفات كالأجزاء في هذا كله ، حتى لو غصب عبداً صانعاً قيمته مائة ، فبني الصنعة وعادت قيمته إلى خمسين ، ثم ارتفع السعر فبلغت قيمته ناسياً مائة ، وقيمة مثله يُحسن الصنعة مائتين ، لا يغرم مع رده إلا خمسين . ثم الجواب في صور إبلاء الثوب [كلها] مبني على أن أجرة مثل المصنوع لازمة مع أرش النقص الحاصل بالاستعمال ، وهو الأصح . وسبق وجه : أنه لا يجمع بينها . فعلى ذلك الوجه : الواجب أكثر الأمرين من المقادير المذكورة وأجرة المثل . ولو اختلف المالك والناصب في قيمة الثوب الذي أبلاه ، فقال المالك : زادت قبل الإبلاء فأغرم التالف بقسطه [منها] ، وقال الناصب : [بل] زادت بعده ، قال ابن سريج : المصدق الناصب .

القسم الثالث : نقص الأجزاء والصفات وحدها ، وسنذكر حكمه في الصور الآتية إن شاء الله تعالى .

فصل

النقص الحادث في المصنوع ، ضربان .

أحدهما : مالا سرياً له ، فعلى الناصب أرشه وردِّ الباقي ، ولا فرق بين أن يكون الأرش قدر القيمة كقطع يدي العبد أو دونها ، ولا بين أن تقوت معظم منافعه ، أو لا تقوت ، ولا بين أن يبطل بالجناية عليه الاسم الأول كذبح الشاة

وطحن الخنطة ، وتمزيق الثوب ، أو لا يطل . فلو أراد المالك ترك الناقص عند الغاصب وتفريره بدله ، لم يكن له ذلك ، لانه عين ملكه . وفي وجه : إذا طحن الطعام ، فله تركه وطلب المثل ، لانه أقرب إلى حقه من الدقيق .

الضرب الثاني : ما له سرية ، لا يزال يسري إلى الهلاك الكلبي ، كما لو بل الخنطة وتمكن فيها العفن الساري ، أو اتخذ منها هريسة ، أو غصب سمناً وقرأ ودقيقاً وعمله عصيدة ، وفيه نصوص وطرق مختلفة تجمعها أربعة أقوال منصوصة . أظهرها عند العراقيين : يجعل كالهالك ويغرم بدل كل مغموب من مثل أو قيمة . والثاني : يردّه مع أرش النقص ، وليس للمالك إلا ذلك ، واختاره الامام ، والبنوي . والثالث : يتخير المالك بين موجب القولين ، واختاره الشيخ أبو محمد ، والمسعودي . والرابع : يتخير الغاصب بين أن يسكه ويغرمه ، وبين أن يردّه مع أرش النقص . قلت : رجح الرافعي في « المحرر » الأول أيضاً . والله اعلم

فعل الأول : لمن تكون الخنطة المبلولة ؟ وجهان نقلها المتولي . أحدهما : تبقى للمالك كما لو نجس زيتة وقلنا : لا يطهر بالغسل ، فإن المالك أولى به . والثاني : يصير للغاصب . [و] إذا حكمنا بالأرش مع الرد ، غرم أرش عيب سارٍ . قال المتولي : فإن رأى الحاكم أن يسلم الجميع إليه ، فهل ، وإن رأى يسلم ^(١) أرش النقص المتحقق إليه في الحال ^(٢) ووقف الزيادة إلى أن تتيقن نهايته . وفي هذا نظر ، لأن المفهوم من أرش العيب الساري أرش عيب شأنه السرية ، وهو حاصل

(١) في هامش نسخة الظاهرية : بخط ابن العطار في « النعمة » : أن يسلم .

(٢) في نسخ الظاهرية : وإن رأى سلم أرش النقص المتحقق في الحال إليه .

في الحال . أما المتولد منه ، فيجب قطع النظر عنه ، إذ الكلام في نقص لا تقف سرايته إلى الهلاك . فلو نظرنا إلى المتولد منه ، لانجرّ إلى تمام القيمة ، وهو عَوْد إلى القول الأول ، وقد بيّن ما قلناه أبو خلف السلمي في « شرح المفتاح » فقال في قول التخيير : إن شاء المالك غرّمه ما نقص إلى الآن ، ثم لا شيء له في زيادة فساد حصل بعد ذلك ، وإن شاء تركه له وطالبه بجميع البدل .

فرع

مين صور هذا الضرب ما إذا صب الماء في الزيت وتعذر تخليصه منه ، فأشرف على الفساد . وعن الشيخ أبي محمد تردد في مرض العبد المغصوب إذا كان سارياً عسير العلاج ، كالسل والاستسقاء ، ولم يرضه الامام ، لأن المريض المأيوس منه ، قد يبرأ ، والعفن المفروض في الحنطة يفضي إلى الفساد قطعاً .

قلت : ولو عفن الطعام في يده لطول المكث ، فطريقان . قال الشيخ أبو حامد : هو كـَبَل الحنطة . وقال القاضي أبو الطيب : يتعين أخذه مع الأرض قطعاً ، واختاره ابن الصباغ ، وهو الأصح . والله أعلم

فصل

في جنابة العبد المغصوب ، والجنابة عليه

أما جنابته ، فينظر إن جنى جنابة توجب القصاص ، واقتص منه في يد الغاصب ، غرم الغاصب أقصى قيمه من الغصب إلى القصاص . وإن جنى بما يوجب قصاصاً في الطرف ، واقتص منه في يده ، غرم بدله ، كما لو سقط بأفة سماوية . ولو اقتص منه

بعد الوفاء إلى السيد ، يلزم الغاصب أيضاً (١) ، وكذا الحكم لو ارتد أو سرق في يد الغاصب ، ثم قتل أو قطع بعد الرد إلى المالك . ولو غصب مرتدأ أو سارقاً فقتل ، أو قطع في يد الغاصب ، فهل يضمه الغاصب ؟ وجهان ، كمن اشترى مرتدأ أو سارقاً فقتل ، أو قطع في يده ، فمن ضمان من يكون القتل أو القطع ؟ أما إذا جنى المصوب على نفس أو مال جناية توجب المال متعلقاً برقبته ، فعلى الغاصب تخليصه بالفداء . وبماذا يفديه ؟ فيه طريقتان . المذهب : أنه يفديه بأقل الأمرين من الأرض وقيمة العبد . وقال الامام : فيه قولان . أحدهما : هذا . والثاني : بالأرض وإن زاد كالتواين فيما إذا أراد السيد فداء الجاني . وإذا ثبت أن الجاني والجناية مضمونان على الغاصب ، لم يخل ، إما أن يتلف الجاني في يد الغاصب ، وإما أن يرده . فان تلف في يده ، فللمالك تفريجه أقصى القيم . فاذا أخذها ، فلم يجني عليه أن يفرم الغاصب إن لم يكن غرمه ، وله أن يتعلق بالقيمة التي أخذها المالك ، لأن حقه كان متعلقاً بالرقبة فيتعلق ببذلها كما إذا تلف المرهون كانت قيمته رهناً . وفي وجهه : لا مطالبة للمجني عليه بما أخذه المالك . والصحيح : الأول . فاذا أخذ المجني عليه حقه من تلك القيمة ، رجع المالك بما أخذه على الغاصب . ولو كان العبد يساوي ألفاً ، فرجع بانخفاض السعر إلى خمسمائة ، ثم جنى ومات عند الغاصب ، فقرمه المالك الألف ، لم يكن للمجني عليه إلا خمسمائة وإن كان أرض الجناية ألفاً فأكثر ، لأنه ليس له إلا قدر قيمته يوم الجناية . وإن رد العبد إلى المالك ، نظر ، إن رده بعدما غرم للمجني عليه ، فذاك ، وإن رد قبله فبيع في الجناية ، رجع المالك على الغاصب بما أخذ منه ، لأن الجناية حصلت حين كان مضموناً عليه ، بخلاف ما إذا جنى في يد المالك ثم غصبه رجل وردّه ثم بيع في تلك الجناية ، فانه لا يرجع المالك بشيء ، لأن الجناية حصلت وهو غير مضمون عليه .

(١) في نسخ الظاهرية ، « وشرح الوجيز » : ولو اقتبس منه بعد الرد إلى السيد غرم الغاصب أيضاً .

وفورع ابن الحداد وغيره على ذلك فقالوا: إذا جنى في يد المالك جنابة تستغرق قيمته ، ثم غصب وجنى في يد الغاصب جنابة مستغرقة ، ثم رده إلى المالك ، ثم بيع في الجنابتين وقسم الثمن بينهما نصفين ، يرجع المالك على الغاصب بنصف قيمة العبد . ولو كان الفرع بحاله ، وتلف العبد بعد الجنابتين في يد الغاصب ، فله طلب القيمة من الغاصب ، وللمجني عليها أخذها ، فإذا أخذها (١) ، فللمالك الرجوع بنصفها على الغاصب ، لأنه أخذ منه نصفها بجنابة في يد الغاصب ، فإذا رجع به ، فلمجني عليه الأول أخذه ، لأنه بدل ما تعلق به حقه قبل الجنابة الثانية . وإذا أخذه لم يكن له الرجوع على الغاصب مرة أخرى ، لأنه مأخوذ بجنابة غير مضمونة على الغاصب . هذا هو الصحيح في الصورتين . وقيل : إذا رد العبد وبيع في الجنابة ، فالنصف الأول يرجع به المالك ويسلم له ولا يؤخذ منه ، وإنما يطالب المجني عليه الأول الغاصب بنصف القيمة . وإذا تلف في يد الغاصب بعد الجنابتين ، لا يأخذ المالك شيئاً ، ولكن المجني عليه الأول يطالب الغاصب بتام القيمة ، والمجني عليه الثاني ، يطالبه بنصف القيمة . ولو جنى المفصوب في يد الغاصب أولاً ، ثم رده إلى المالك فجنى في يده أخرى ، وكل واحدة منها تستغرق القيمة ، فيبيع فيها وقسم الثمن بينهما ، فللمالك الرجوع على الغاصب بنصف القيمة للجنابة التي هي مضمونة عليه . قال الشيخ أبو علي : سمعت القفال مرة يقول : ليس لواحد من المجني عليها أخذ هذا النصف من المالك . أما الثاني ، فلأن الجنابة عليه مسبوبة بجنابة مستغرقة ، وحقه لم يثبت إلا في نصف القيمة وقد أخذه . وأما الأول ، فلأن حق السيد يثبت في القيمة بنفس الغصب ، وهو متقدم على حق المجني عليه ، فمالم يصر حقه إليه ، لا يرجع إلى غيره شيء . قال أبو علي : وليس هذا بشيء ، بل للمجني عليه الأول أخذه كما في الجنابة السابقة ، ولا عبرة بثبوت حق السيد في القيمة ، فإن حقه وإن تقدم ، فحق المجني عليه مقدم كما في الرقبة . قال : وناظرت القفال فيه ، فرجع إلى قولي . وعلى هذا إذا

(١) في « شرح الوجيز » : وللمجني عليه أخذها ، فإذا أخذها .

أخذه المجني عليه الأول ، رجع به المالك على الغاصب مرة أخرى ، ويسلم له المأخوذ
ثانياً ، لأن الأول أخذ تمام القيمة ، والثاني لم يتعلق حقه إلا بالنصف وقد أخذه.
ولو جنى في يد الغاصب ثم في يد المالك كما صورناه ، ثم قتله الغاصب أو غصبه
ثانياً فمات عنده ، أخذت القيمة منه وقسمت بين المجني عليها ، ثم للمالك أن يأخذ
منه نصف القيمة ، لأنه أخذ منه بسبب جناية مضمونة عليه . فإذا أخذه كان
للمجني عليه الأول أن يأخذه منه ، ثم له أن يرجع به على الغاصب مرة أخرى
ويسلم له المأخوذ في هذه المرة ، وقد غرم الغاصب والحالة هذه القيمة مرتين ، مرة
بجناية البد في يده ، ومرة بالقتل . أما الجناية عليه ، فإن قُتل ، نظر ، وإن وجب
القصاص بأن كان القاتل عبداً والقتل عمداً ، فللمالك القصاص . فإذا اقتص ، برى
الغاصب ، لأنه أخذ بدل حقه ، ولا نظر مع القصاص إلى تفاوت القيمة ، كما لا نظر
في الإحرار إلى تفاوت الدية . وإن لم يجب القصاص . فإن كان الجاني حراً ، لزمه
للجناية قيمته يوم القتل ، سواء قتله الغاصب أو أجنبي ، والمالك بالخيار ، بين أن يطالب بها الغاصب ،
أو الجاني ، لكن القرار على الجاني . ثم إن كانت قيمته قبل يوم القتل أكثر ، ونقصت في يد
الغاصب ، لزمه ما نقص بحكم اليد . وإن كان الجاني عبداً ، فإن سلمه سيده فبيع في الجناية .
نظر ، إن كان الثمن مثل قيمة المغمصوب ، أخذه ولا شيء له على الغاصب إلا إذا كانت قيمته قد
نقصت عنده قبل القتل . وإن كان الثمن أقل ، أخذ الباقي من الغاصب . وإن
اختار سيده فداءه ، فإن قلنا : يفديه بالأرش ، أخذه ولا شيء له على الغاصب
إلا على التقدير المذكور . وإن قلنا : يفدي بالأقل من الأرش والقيمة ، فإن كانت
قيمة المغمصوب أكثر من قيمة الجاني ، فالباقي على الغاصب ، وإن كانت أقل أو مثلها ،
أخذها المالك ولا شيء له على الغاصب إلا على التقدير المذكور . ولو اختار المالك
تفريم الغاصب ابتداءً ، فله ذلك ، ويأخذ منه جميع قيمة المغمصوب ، ثم يرجع الغاصب
على سيد الجاني بما غرم إلا ما لا يطالب به إلا الغاصب . هذا إذا كانت الجناية قتلاً ،

فأما الجراحات ، فلما أن يكون لها أرش مقدر في الحر ، وإما لا ، والواجب في الحالين ، ما ذكرناه من قبل . وإذا كان الواجب ما نقص من قيمته بالجناية ، كان المعتبر حال الاندمال ، فإن لم يكن حينئذٍ نقص ، لم يطالب بشيء . وإذا كان الواجب مقدراً من القيمة كالمقدر من الدية ، فهل يؤخذ في الحال ، أم يؤخذ في الاندمال ؟ (١) قولان ، كما لو كانت الجناية على حر ، وسيأتي [ذلك] في موضعه إن شاء الله تعالى . وإذا كان الجاني غير الناصب وغرمناه المقدر من القيمة ، وكان الناقص أكثر من ذلك القدر ، فملى الناصب ما زاد . وإن كان المقدر أكثر مما نقص من القيمة ، فهل يطالب الناصب بالزيادة على ما نقص ؟ ذكرنا فيما إذا سقطت يده بأفة : أن الأصح : أنه لا يطالب . وهنا الأصح : أنه يطالب ، والقرار على الجاني . واختلفوا فيما لو قطعت يده قصاصاً أو حداً ، لأنه يشبه السقوط بأفة من حيث أنه تلف لا بدل له ، ويشبه الجناية من حيث حصوله بالاختيار .

فرع

لو اجتمعت جناية المفصوب والجناية عليه ، بأن قتل إنساناً ، ثم قتله في يد الناصب عبد رجل ، فلمفصوب منه أن يقتص ويسقط به الضمان عن الناصب ، ويسقط حق ورثة من قتله المفصوب ، لأن العبد الجاني إذا هلك [و] لم يحصل له عوض ، بضيع حق المجني عليه ، لكن لو كان المفصوب قد نقص عند الناصب بمحدث عيب بعدما جنى ، لم يبرأ الناصب من أرش ذلك النقص ، ولولي من قتله التمسك به ، وإن حدث العيب قبل جنايته ، فاز المفصوب منه بالأرش . فلو لم يقتص المفصوب منه ، بل عفا على مال ، أو كانت الجناية موجبة للمال ، فحكم تفريمه وأخذه المال على ما سبق

(١) في مخطوطات الظاهرية و «شرح الرجز» : أم يؤخر إلى الاندمال .

في الجناية عليه من غير جناية منه . ثم إذا أخذ المال كان لورثة من جنى عليه هذا العبد التعلق به ، لأنه بدل الجاني على مورثهم . فإذا أخذه ، رجع به المنصوب منه على الغاصب مرة أخرى ، لأنه أخذ [منه] بسبب جناية مضمونة عليه ، ويسلم المأخوذ ثانياً كما سبق نظيره .

قلت : ومما يتعلق بالفصل ، لو وثب العبد المنصوب فقتل الغاصب ، وهرب إلى سيده ، فإن كانت الجناية عمداً ، قال الصيمري : إن عفا ورثة الغاصب عن القصاص والدية ، سقط الضمان عن الغاصب في المال . وإن قتلوه ، لزمهم قيمة العبد في التركة ، وكأنهم لم يسلّموه ، وكذا لو طلبوا الدية من رقبته . وإن قتل المنصوب سيده وهو في يد الغاصب ، فالصحيح الذي قطع به الشيخ أبو حامد : أن لورثة المالك أن يقتصّوا منه ، وإذا قتلوه ، استحقوا قيمته على الغاصب . وحكى في « البيان » وجهاً : أن جنائته تكون هدرأ . ولو صال العبد المنصوب أو الجمل المنصوب على رجل ، فقتله المصول عليه للدفع ، فلا ضمان عليه ، ويجب ضمانه على الغاصب ، ولا يرجع على المصول عليه . والله أعلم

فصل

نقلُ التراب من الأرض المنصوبة ، تارة يكون من غير إحداث حفر ، ككشط وجهها ، وتارة بإحداثها كحفر بئر أو نهر . ففي الحالة الأولى ، للمالك إجباره على رده إن كان باقياً . فإن تلف وانحق بهبوب الريح أو السيول ، أجبره على رد مثله إليه ، وعليه إعادة وضعه وهيئته كما كان من انبساط أو ارتفاع . وإن لم يطالبه المالك بالرد ، نظر ، إن كان له غرض ، بأن دخل الأرض نقصاً يرتفع بالرد ويندفع عنه الأرش ، أو نقله إلى ملكه وأراد تفريقه ، أو إلى ملك غيره ، أو شارع

يخاف من التعثر به الضمان ، فله الاستقلال بالرد . وإن لم يكن شيء من ذلك ، بأن نقله إلى موات ، أو من أحد طرفي الأرض المنصوبة إلى الطرف الآخر ، فإن منعه المالك من الرد ، لم يرد ، وإن لم يمنعه ، فهل يفتقر الرد إلى إذنه ؟ وجهان بناءً على الوجهين في أنه لو منعه فخالف ورد ، هل للمالك تكليفه النقل ثانياً ؟ إن قلنا : لا ، فله الرد بغير إذنه ، وإلا ، فلا ، وهو الأصح . وإذا كان له غرض في الرد فردّه ، فمنعه المالك من يسّطه ، لم يبسطه وإن كان في الأصل مبسوطاً .

الحالة الثانية : إذا حفر بئراً فأمره المالك بطمها ، لزمه ، وإلا ، فله أن يستقل به ليدفع عن نفسه خطر الضمان بالسقوط فيها . وقال الزني : لا يطم إلا باذن المالك . فإن منعه وقال : رضيت باستدامة البئر ، فإن كان للغاصب غرض [في الطم] سوى دفع ضمان السقوط ، فله الطم ، وإلا ، فلا ، في الأصح ، ويندفع عنه الضمان لخروجه عن أن يكون جناية وتعدياً . فلو لم يقل : رضيت باستدامتها ، واقتصر على المنع من الطم ، قال المتولي : هو كما لو صرح بالرضى ، لتضمنه إياه . وقال الامام : لا يتضمنه . ولو طوى الغاصب البئر بآلة نفسه ، فله نقلها ، وللمالك إجباره عليه . فإن تركها ووهبها له ، لم يلزمه القبول على الأصح . وحيث قلنا في الحالتين : يرد التراب إلى موضعه لوقوعه في ملكه ، أو شارع ، فذلك إذا لم يتيسر نقله إلى موات ونحوه في طريق الرد . فإن تيسر ، لم يرد إلا باذن ، قاله الامام وذكر أنه إنما يستقل بالطم إذا بقي التراب الأول بعينه . أما إذا تلف ، ففي الطم بغيره بغير إذن المالك وجهان . وينبغي أن يحجى هذا الخلاف في الحالة الأولى ، وفيما إذا طلب المالك الرد والطم عند تلف ذلك [التراب] ، والأصح فيها ^(١) جميعاً ، لأنه لا فرق بين ذلك التراب وغيره ، ثم إذا أعاد هيئة الأرض في الحالتين كما كانت ، إما بطلب

(١) مغلوط في الظاهرية : والأصح فيها .

المالك ، وإما دونه ، نظر ، إن لم يبق في الأرض نقص ، فلا شيء عليه ، ولكن عليه
أجرة المثل لمدة الحفر والرد ، وإن بقي ، لزمه أرشه مع الأجرة . هذا الذي ذكرناه من
أول الفصل إلى هنا هو المذهب والذي يفتى به ، ووراءه تصرف للأصحاب قالوا :
نص هنا : أنه يجب أرش النقص الحاصل بالحفر ، ولم يوجب التسوية لأنه نص على
ذلك فيما إذا غرس الأرض المغصوبة ثم قلع بطلب المالك . ونص فيما إذا باع أرضاً
فيها أحجار مدفونة فنقلها : أنه يلزمه التسوية . فقل قولان فيها ، وقيل بتقرير
النصين ، والفرق ضعيف . وكلام الغزالي ، يوم ظاهره خلاف ما ذكرناه ، فليتناول
على ما بيناه .

فصل

إذا خصي العبد المغصوب ، فهو على القولين السابقين في جراح العبد . وهل
يتقدر ؟ إن قلنا بالجديد : أنه يتقدر ، لزمه كمال القيمة ، وإلا ، فالواجب ما نقص
من القيمة ، فإن لم ينقص شيء ، فلا شيء عليه . ولو سقط ذلك العضو بآفة سماوية ،
ولم تنقص قيمته ، وردّه ، فلا شيء عليه على القولين ، لكن قياس الوجه الذي قدمناه
في أنه يضمن بالتلف تحت اليد العادية كما يضمن بالجناية : أنه يلزمه كمال القيمة .

فرع

لو كان في الجارية المغصوبة سيمن مفرط ، فزال ورجعت إلى الاعتدال ولم
تنقص قيمتها ، لم يلزمه شيء ، لأن السيمن ليس له بدل مقدر ، بخلاف الأنثيين .

فصل

إذا غصب زيتاً أو دهنأ فأغلاه ، فإن نقصت عينه فقط ، كمن غصب صاعين قيمتها درهمان فصارا بالاغلاء صاعاً قيمته درهمان ، فوجهان. أصحابها : يرده ويغرم مثل الصاع الذاهب . والثاني : يرده ولا شيء عليه . وإن نقصت قيمته فقط ، رده مع الأرض . وإن نقصا ممأ ، وجب رد الباقي ومثل ما ذهب ، إلا إذا كان ما نقص من القيمة أكثر مما نقص من العين ، فيجب مع مثل الذاهب أرض نقص الباقي . وإن لم ينقص واحد منهما ، رده ولا شيء عليه . ولو غصب عصيراً فأغلاه ، فطريقان . أحدهما : أنه كالزيت فيضمن مثل الذاهب وإن لم تنقص قيمته على الأصح . وأصحابها : لا ، فلا يضمن مثل العصير الذاهب إذا لم تنقص قيمته ، لأن الذاهب مائتته ، والذاهب من الزيت زيت . ويجري الخلاف في العصير إذا صار خلاً ونقصت عينه دون قيمته ، وفي الرطب إذا صار تمرأ .

فصل

نقص المغصوب هل ينجر بالكمال بعده ؟ ينظر ، إن كان الكمال من الوجه الذي نقص به ، كما لو هزات الجارية ثم سمت وعادت القيمة كما كانت ، لم ينجر على الأصح . وقيل : لا ينجر قطعاً ، ولو كان المغصوب يحسن صنعة فنسبها ، ثم ذكرها أو تعلمها ، انجر على الأصح . وقيل : ينجر قطعاً ، لأن تذكر الصنعة لا يعد شيئاً متجدداً ، بخلاف السمّن . والثاني : ويجري الخلاف فيما لو كسر الحلي والافاء ، ثم أعاد تلك الصنعة .

قلت : الأصح هنا ، إلحاقه بالسِّمَن ، لا بتذكر الصنعة ، لأن هذه صنعة أخرى ، وهو متبرع بعمله^(١) . والله أعلم

وحيث قلنا بالانحياز ، فلو لم يبلغ بالمائد القيمة الأولى ، ضمن ما بقي من النقص وانحيز الباقي . أما إذا كان الكمال بوجه آخر ، بأن نسي صنعة وتعلم أخرى ، أو أبطأ صنعة الحلبي وأحدث أخرى ، فلا انحياز بحال . وعلى هذا لو تكرر النقص وكان الناقص في كل مرة مغايراً للناقص في المرة الاخرى ، ضمن الجميع . حتى لو غصب جارية قيمتها مائة ، فسمنت وبلغت ألفاً ، وتعلمت صنعة فبلغت ألفين ، ثم هزات ونسيت الصنعة وعادت قيمتها مائة ، يردها ويغرم ألفاً وتسع مائة . وكذا لو علّمه الغاصب سورة من القرآن ، أو حرفة فنسيها ، ثم علّمه أخرى فنسيها أيضاً ، ضمنها . وإن لم يكن مغايراً ، بأن علمه سورة واحدة ، أو حرفة مراراً ، وينسى في كل مرة ، فان قلنا : لا يحصل الانحياز بالمائد ، ضمن نقصان جميع المرات ، وإلا ، ضمن أكثر المرات نقصاً .

فرع

لو زادت قيمة الجارية بتعلم الغناء ، ثم نسيته ، نقل الروياني عن النص : أنه لا يضمن النقص ، لأنه محرم ، وإنما يضمن المباح . وعن بعض الأصحاب : أنه يضمنه . ولهذا لو قتل عبداً مغتنياً ، يغرم تمام قيمته . قال : وهو الاختيار .

قلت : الأصح المختار : هو النص . وقد تقدم في فصل كسر الملاهي : أنه لا ضمان في صنعتها ، لأنها محرمة ، وهذا لا خلاف فيه . وقد نص القاضي حسين

(١) في مخطوطة الظاهرية : وهو متبرع بعمله .

وغيره ، على أنه لو أُلِف كبشاً نطّاحاً، أو ديكاً هرّاشاً ، لزمه قيمته بلا نطاح
ولا هرّاش ، لأنها محرمة . والله أعلم

فرع

مرض العبد المغصوب ، ثم برأ وزال أثر المرض وردّه ، فلا شيء عليه على
الصحيح . وقيل : يضمن نقص المرض ولا يسقط بالبرء ، وكذا الحكم لو ردّه
مريضاً فبرأ وزال الأثر .

فرع

غصب شجرة فتحات ورقها ، ثم أورقت ، أو شاة فجزّ صوفها ، ثم نبت ،
يغرم الاول قطعاً ، ولا ينجر بالثاني ، بخلاف ما لو سقط سن الجارية المغصوبة ثم
نبت ، أو تمعّط شعرها ثم نبت ، فإنه ينجر . قال البغوي : لان الورق والصوف
متقوّمان ، فغرمها ، ومن الجارية وشعرها غير متقوّمين ، وإنما يغرم أرش النقص
بفقدما وقد زال .

فصل

غصب عصيراً فتخمره عنده ، كان للمغصوب منه تضمينه مثل العصير ، لفوات
المالية . قالوا : وعلى الغاصب إراقة الخمر . ولو جعلت محترمة ، كما لو تخمرت في يد
المالك بلا قصد الخمرية ، لكان جائزاً . فلو تخللت في يد الغاصب ، فوجهان . أصحابها :

أن الخلل للمغصوب منه ، وعلى الغاصب أرش النقص إن نقصت قيمة الخلل عن المصير . والثاني : يغرم مثل المصير . وعلى هذا ، في الخلل وجهان . أحدهما : للغاصب ، وأصحابها : للمغصوب منه ، لأنه فرع ملكه . ويجري هذا الخلاف ، فيما لو غصب بيضة ففترخت عنده ، أو بذراً فزرعه ونبت ، أو بزر قزٍ فصار قزاً ، فعلى الأصح : الحاصل للمالك ، ولا غرم على الغاصب ، إلا أن يكون الحاصل أنقص قيمة مما غصبه ، لأن المغصوب عاد زائداً إليه . وعلى الثاني : يغرم المغصوب لهلاكه ، ويكون الحاصل للمالك على الأصح ، وللغاصب على الآخر .

فرع

غصب خمرأ فتخللت في يده ، أو جلد ميتة فدبغه ، فأربعة أوجه . أصحابها : أن الخلل والجلد للمغصوب منه . فعلى هذا إن تلف في يد الغاصب ، ضمنه . والثاني : للغاصب . والثالث : الخلل للمغصوب منه ، والجلد للغاصب ، لأنه صار مالاً بفعله . والرابع : عكسه ، لأن الجلد كان يجوز للمغصوب منه إمساكه ، والحجر المحترمة كالجلد . وإذا قلنا : هما للمغصوب منه ، فذلك إذا لم يكن المالك معرضاً عن الحجر والجلد ، فإن أراق الحجر ، أو ألقى الشاة الميتة فأخذها رجل ، فهل للمعرض استرداد الحاصل ؟ وجهان .

قلت : الأصح : ليس له ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وغيره في الجلد . والله أعلم

الطرف الثاني في الزيادة : وهي آثار محضة وأعيان . أما الآثار ، فالقول الجُملي فيه : أن الغاصب لا يستحق بتلك الزيادة شيئاً ، لتعدييه ، ثم ينظر ، إن لم يمكن رده إلى الحالة الأولى ردهً بحاله وأرش النقص إن نقصت قيمته ، وإلا

فان رضي به المالك، لم يكن للغاصب رده إلى ما كان وعليه أرش النقص، إلا أن يكون له غرض في الرد إلى الحالة الاولى ، فله الرد، وإن ألزمه المالك الرد إلى الحالة الاولى ، لزمه ذلك وأرش النقص إن نقص عما كان قبل تلك الزيادة . فاذا تقرر ذلك ، فمن صورهِ ، طحن الحنطة، وقِصارة الثوب وخياطته ، وضرب الطين لبيناً ، وذبح الشاة وشيئها. ولا يملك الغاصب المفسوب شيء من هذه التصرفات ، بل يردها مع أرش النقص إن نقصت القيمة . وإنما تكون الخياطة من هذا القسم ، إذا خاط بخيط المالك . فان خاط بخيط الغاصب ، فستأتي نظائره إن شاء الله تعالى . ثم في الطحن والقصارة ، والذبح ، والشيء ، لا يمكن الرد إلى ما كان . وكذا في شق الثوب وكسر الاناء ، ولا يجبر على رفاء الثوب وإصلاح الاناء، لانه لا يعود إلى ما كان، ولو غزل القطن، ردّ الغزل وأرش النقص إن نقص . ولو نسج الغزل ، فالكيرباس للمالك مع الارش إن نقص ، وليس للمالك إجباره على نقضه إن لم يمكن رده إلى الحالة الاولى ونسجه ثانياً ، فان أمكن ، كالخز ، فله إجباره . فان نقضه ونقصت قيمته عن قيمة الغزل في الاصل ، غرمه ، ولا يغرم ما زاد بالنسج ، لان المالك أمره بنقضه . فاذا نقضه بغير إذن المالك ، ضمنه أيضاً . ولو غصب ثقرة وضربها دراهم ، أو صاغها حلياً ، أو غصب نحاساً أو زجاجاً فجعله إناءً ، فان رضي المالك به، ردّه كذلك، ولم يكن له رده إلى الحالة الاولى، إلا أن يضرب الدراهم بغير إذن السلطان ، أو على غير عيانه ، لانه حينئذ يخاف التغيير^(١)، وحيث مُنع من الرد إلى ما كان فخالف ، فهو كاتلاف الزوائد الحاصلة عند الغصب . ولو أجبره المالك على رده إلى ما كان ، لزمه . فاذا امتثل ، لم يغرم النقصان الحاصل بزوال الصنعة ، لكن لو نقص عما كان بما طرأ وزال ، ضمنه .

وأما الأعيان ، فمن صورها صبغ الثوب . وتقدم عليه صورتين .

إحداها : إذا غصب أرضاً وبني فيها ، أو غرس ، أو زرع ، كان لصاحب

(١) في نسخة الظاهرية و « شرح الوجيز » : التقرير .

الأرض أن يكلفه القلع مجاناً . ولو أراد الغاصب القلع ، لم يكن للمالك منعه ، فانه عين ماله . وإذا قلع ، لزمه الأجرة . وفي وجوب التسوية والأرض، ما سبق في نقل التراب . وإن نقصت الأرض لطول مدة الغراس ، فهل يجمع بين أجرة المثل وأرض النقص ، أو لا يجب إلا أكثرهما ؟ فيه الخلاف السابق فيما إذا أبلى الثوب بالاستعمال . ولو أراد المالك أن يتملك البناء والغراس بالقيمة ، أو يبقيهما أو الزرع بالأجرة ، فهل على الغاصب إجابته ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، كالمستعير ، وأولى ، لتمديده . وأصحها : لا ، لتمكنه من القلع بلا غرامة . ولو غصب من رجل أرضاً وبذراً فزرعها به ، فلمالك أن يكلفه إخراج البذر من الأرض ويغرمه أرض النقص ، وليس للغاصب إخراجه إذا رضي به المالك .

الصورة الثانية : إذا زوِّق الأرض المنصوبة ، نظر ، إن كان بحيث لو زرع، لحصل منه شيء ، فلمالك إجباره على التزاع . فان تركه الغاصب ليدفع عنه كلفة التزاع^(١)، فهل يجبر المالك على قبوله ؟ وجهان. ولو أراد الغاصب نزع ، فله ذلك ، وسواء كان للمزوع قيمة ، أم لا ، فان زرع فنقصت عما كانت قبل التزويق ، لزمه الارش . أما إذا كان التزويق تمويهاً لا يحصل منه عين بالتزاع ، فليس للغاصب التزاع إن رضي المالك . وهل للمالك إجباره عليه ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، لانه قد يريد تغريمه أرض النقص الحاصل بإزالته . وأصحها : لا ، كالثوب إذا قصّره. إذا ثبت هذا ، عدنا إلى الصبغ فنقول: للصبغ الذي يصبغ به المنصوب، ثلاثة أحوال. الاول : أن يكون للغاصب ، فينظر، إن كان الحاصل تمويهاً محضاً ، فحكمه ما ذكرناه في التزويق . وإن حصل فيه عين مال بالانصباع ، فهو ضربان .

الأول : إذا لم يمكن فصله ، فقولان . القديم : أنه يفوز به صاحب الثوب

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : فان تركه الغاصب لا لتندفع عنه كلفة التزاع .

تشبيهاً له بالسِّمين . والمشهور : أنها شريكان ، فينظر ، إن كانت قيمة الثوب مصبوغاً مثل قيمته ، وقيمة الصبغ قبل الصبغ جميعاً ، بأن كانت قيمة الثوب عشرة ، وقيمة الصبغ عشرة ، وصار يساوي مصبوغاً عشرين ، فهو بينها بالسوية . فلو رغب فيه راغب بثلاثين ، كانت بينها نصفين . وإن نقصت قيمته مصبوغاً عنها ، بأن صارت قيمته في الصورة المذكورة خمسة عشر ، فقد أطلق الاكثرون : أن النقص محسوب من الصبغ ، لأن الثوب هو الاصل ، والصبغ وإن كان عيناً ، فهو تابع ، فيكون الثوب المصبوغ بينها أثلاثاً ، الثلثان للمغصوب منه . وفيه الشامل ، و « التمة » : أنه إن كان النقص لانخفاض سعر الثياب ، فالنقص محسوب من الثوب . وإن كان لانخفاض سعر الاصباغ ، فمن الصبغ . وكذا لو كان النقص بسبب العمل . ويمكن أن يكون هذا التفصيل مراد من أطلق . وإن كانت قيمته بعد الصبغ عشرة ، انحق الصبغ ، ولا حق فيه للغاصب . وإن نقصت قيمته مصبوغاً عن قيمة الثوب ، فصار يساوي ثمانية ، فقد ضاع الصبغ ونقص من الثوب درهماً ، فبرده مع درهين . وإن زادت قيمته مصبوغاً عليها ، بأن صار ثلاثين ، فمن أطلق الجواب في طرف النقص ، أطلق هنا أن الزيادة بينها على نسبة مائيتها . ومن فصل قال : إن كان ذلك لارتفاع سعر الثياب ، فالزيادة لصاحب الثوب ، وإن كان لارتفاع سعر الاصباغ ، فهي للغاصب ، وإن كان للعمل والصنعة ، فهي بينها ، لأن الزيادة بفعل الغاصب تحسب للمغصوب منه .

الضرب الثاني : إذا أمكن فصله عن الثوب ، فقد حكى قول عن القديم : أنه إن كان المفضل لقيمة له ، فهو كالسِّمين ، والمشهور أنه ليس كالسمن ، فلا يفوز به المغصوب منه . وهل يملك إجبار الغاصب على فصله ؟ وجهان . أحدهما عند المراقبين : لا . وأصحهما : عند البغوي وطائفة : نعم ، واختاره الامام ، ونقل القطع

به عن الراوزة . وإنما الخلاف ، فيما إذا كان الغاصب يخسر بالفصل خسرانا بيّناً ، وذلك ، قد يكون لضياح المنفصل بالكلية ، وقد يكون لحقارته بالاضافة إلى قيمة الصبغ . ومن جملة الضياع ، أن يحدث في الثوب نقص بسبب الفصل لا تقى بأرشه قيمة المفصول . ولورضي المغصوب [منه] ببقاء الصبغ وأراد الغاصب فصله ، فله ذلك إن لم ينقص الثوب ، وكذا إن نقص على الأصح . وإن تراضيا [على] ترك الصبغ بحاله ، فهذا شريكان . وكيفية الشركة ، كما سبق في الضرب الأول .

فرع

لو ترك الغاصب الصبغ للمالك ، فهل يجبر كالمعل في الدابة المردودة بالعب لأنه تابع ، أم لا ، كالبنا والغراس إذا تركه الغاصب ؟ وجهان . قال الروباني : أصحهما : الأول . قال الرافعي : بل الثاني أقيس وأشبهه .

قلت : الثاني أصح . ومن صححه ، صاحب « التنبيه » ، قال الجرجاني : ويجري الوجهان فيما لو غصب باباً وسمّره بمسامير للغاصب وتركها للمالك . والله أعلم

ثم قيل : الوجهان فيما إذا أمكن فصل الصبغ ، وفيما إذا لم يمكن . والأصح : تخصيصها بما إذا أمكن وقلنا : إن الغاصب يجبر على الفصل ، وإلا فهذا شريكان لا يجبر واحد منهما على قبول هبة الآخر . وعلى هذا ، فطريقان . أحدهما : أن الوجهين فيما إذا كان يتضرر بالفصل ، إما لِمَا يناله من التعب ، وإما لأن المفصول يضيع كله أو أكثره ، فإن لم يكن كذلك ، لم يجب القبول بحال . والثاني : أن الوجهين فيما إذا

كان الثوب ينقص بالفصل تقصاً لا تقي بأرشه قيمة الصبغ المفضول ، فان وقت ، لم يجب القبول بحال وإن تمب أو ضاع معظم المفضول . قال الامام : وإذا قلنا : يجب القبول على المفضوب منه ، لم يشترط تلهفظة بالقبول . وأما الغاصب ، فلا بد من لفظ من جهته يشعر بقطع الحق ، كقوله : أعرضت عنه ، أو تركته ، أو أبرأته عن حقي ، أو أسقطته ، قال : ويجوز أن يعتبر اللفظ المشعر بالتملك .

فرع

لو بذل المفضوب منه قيمة الصبغ ، وأراد أن يملكه على الغاصب ، فهل يجب إليه ؟ فيه أوجه - سواء كان الصبغ يمكن فصله ، أم لا - أحدها : نعم كالفراس في العارية . وأصحها : لا ، لأن المميز لا يتمكن من القلع مجاناً فكان محتاجاً إلى التملك بالقيمة ، وهنا بخلافه . والثالث : إن كان الصبغ بحيث لو فصل لم يحصل منه شيء ينتفع به ، فنعم ، وإلا ، فلا .

فرع

متى اشتركا في الثوب المصبوغ ، فهل لأحدهما الانفراد ببيع ملكه [منه] ؟ وجهان ، كبيع دار لا يمر لها . والأصح : المنع . ولو أراد مالك الثوب البيع ، ففي « المهذب » و « التهذيب » : أنه يجبر الغاصب على موافقته وبيع ، وإن أراد الغاصب البيع ، لم يجبر صاحب الثوب على الأصح ، لئلا يستحق بتمديه إزالة ملك غيره . وفي « النهاية » : القطع بأن واحداً منها لا يجبر كسائر الشركاء .

الحال الثاني : أن يكون الصبغ مفضوباً من غير مالك الثوب ، فان لم يحدث بفعله نقص ، فلا غرم عليه ، وهما شريكان في الثوب المصبوغ كما سبق في المالك

والغاصب . وإن حدث ، نظر ، إن كانت قيمته مصبوغاً عشرة ، والتصوير كما سبق ، فهو لصاحب الثوب ، ويغرم الغاصب الصبغ للآخر . وإن كانت خمسة عشر ، فوجهان . أحدهما : [يكون] الثوب بينهما نصفين ، وبرجمان على الغاصب بخمسة . وأصحها : أثلاثاً على ما سبق في الحال الأول . فإن كان مما يمكن فصله ، فلها تكليف الغاصب الفصل . فإن حصل بالفصل نقص فيها أو في أحدهما عما كان قبل أن يصبغ ، غرمه الغاصب ، ولصاحب الثوب وحده طلب الفصل أيضاً إذا قلنا : المالك يجبر الغاصب عليه في الحال الأول . هذا إذا حصل بالانصباع عين مال في الثوب . فإن لم يحصل إلا تمويه ، فالحكم كما سبق في التزويق .

فرع

يقاس بما ذكرناه في الحالتين ثبوت الشركة فيما إذا طيّر الربح ثوب إنسان في أجانة صباغ ، فانصبغ ، لكن ليس لأحدهما أن يكاف الآخر الفصل ولا التفريم إن حصل نقص في أحدهما ، إذ لا تعدي . ولو أراد صاحب الثوب تملك الصبغ بالقيمة ، فعلى ما سبق .

الحال الثالث : أن يكون الصبغ مفصوباً من مالك الثوب أيضاً . فإن لم يحدث بفعله نقص ، فهو للمالك ، ولا غرم على الغاصب ، ولا شيء له إن زادت القيمة ، لأن الوجود منه أثر محض . وإن حدث بفعله نقص ، ضمن الأرض ، وإذا أمكن الفصل ، فللمالك إجباره عليه . وليس للغاصب الفصل إذا رضي المالك .

فرع

إذا كان الصبغ للغاصب وقيمته عشرة ، وقيمة الثوب عشرة ، فبلغت قيمة الثوب مصبوغاً

ثلاثين، ففصل الغاصب الصبغ ، ونقصت قيمة الثوب عن عشرة، لزمه ما نقص، وكذا ما نقص عن خمسة عشر إن فصل بغير إذن المالك وطلبه ، وإن فصل بأذنه ، لم يلزمه إلا نقص العشرة . ولو عادت قيمته مصبوعاً إلى عشرة لانخفاض السعر ، وكان النقص في الثياب والاصباغ على نسبة واحدة، فالثوب بينها بالسوية كما كان ، والنقص داخل عليها جميعاً ، وليس على الغاصب غرامة ما نقص مع رد العين، لكن لو فصل الصبغ بعد رجوع القيمة إلى عشرة ، فصار الثوب يساوي أربعة ، غرم ما نقص ، وهو خمس الثوب بأقصى القيم . والمعتبر في الأقصى خمسة عشر إن فصل بنفسه ، وعشرة إن فصل بطلب المالك .

فصل

إذا خلط المغصوب بغيره ، فقد يتعذر التمييز بينهما، وقد لا . وإذا تعذر ، فقد يكون ذلك الغير من جنسه ، وقد ، لا . فان كان كالزيت بالزيت، والحنطة بالحنطة، نظر ، فان خلطه بأجود من المغصوب أو مثله ، أو أردأ منه ، فالذهب النص أنه كالهالك حتى يتمكن الغاصب من أن يعطيه قدر حقه من غير المخلوط . وقيل : قولان . أحدهما : هذا . والثاني: يشتركان في المخلوط ، ويرجع في قدر حقه من نفس المخلوط . وقيل : إن خلط بالمثل ، اشتركا ، وإلا ، فكالهالك . فان قلنا : كالهالك ، فالغاصب دفع المثل من غير المخلوط ، وله دفعه منه اذا خلطه بالأجود أو بالمثل ، وليس له دفع قدر حقه من المخلوط بالأردأ، إلا أن يرضى المالك . واذا رضي ، فلا أرش له كما إذا أخذ الرديء من موضع آخر . وان قلنا بالشركة ، فان خلط بالمثل ، فقد رزقته من المخلوط له . وإن خلط بالأجود ، بأن خلط صاعاً قيمته درهم ، بصاع قيمته درهمان ، نظر ، إن أعطاه صاعاً من المخلوط ، أجبر المالك على قبوله ، وإلا

فبيع الخلوط ويقسم الثمن بينها أثلاثاً، فإن أراد قسمة عين الزيت على نسبة القيمة، فالمشهور : أنه لا يجوز، وفي قول رواه البويطي : يجوز ، وفي وجه : يكلف الغاصب تسليم صاع من الخلوط ، لأن اكتساب المصوب صفة الجودة بالخلط ، كزيادة متصلة. وإن خلط بالأردإ ، بأن خلط صاعاً [قيمته درهمان بصاع] قيمته درهم ، أخذ المصوب منه صاعاً من الخلوط مع أرش النقص ، لأن الغاصب متعدي بالخلط ، بخلاف المفلس إذا خلط بالأردإ ، فإن البائع إذا رجع بصاع من الخلوط لأرشد له ، لعدم التعدي، فإن اتفقا على بيع الخلوط وقسمة الثمن أثلاثاً ، جاز ، وإن أراد قسمة الزيت على نسبة القيمتين ، فقييل : هو على الخلاف في طرق الأجود ، وقيل : بالمنع قطعاً .

فرع

خلط الخل بالحلل ، واللبن باللبن ، كخلط الزيت بالزيت . وإن خلط الدقيق بالدقيق ، فإن قلنا : هو مثلي ، فكالزيت بالزيت . وإن قلنا : متقوّم ، فإن قلنا : المختلط هالك ، فالواجب على الغاصب القيمة . وإن قلنا : بالشركة ، يبيع وقسم الثمن بينهما على قدر القيمتين . فإن أراد قسمة عَيْن الدقيق على نسبة القيمتين ، وكان الخلط بالأجود أو الأردإ ، فعلى ما ذكرنا في خلط الزيت بالزيت . وإن كان الخلط بالمثل ، جازت القسمة إن جعلناها إفرازاً . وإن جعلناها بيعاً ، لم يجوز ، لأن بيع الدقيق بالدقيق لا يجوز .

فرع

خلط [المصوب] بغير الجنس، كزيت بشيرج أو دهن جوز، أو دقيق حنطة بدقيق شعير، فالمنصوب هالك لبطالان فائدة خاصيته ، بخلاف الجيد بالرديء . وقيل : هو على الخلاف

السابق ، واختار المتولي الشركة هناك وهنا ، وقال : إن تراضيا على بيع المخلوط وقسمة الثمن ، جاز ، وإن أراد قسمته ، جاز ، وكأن المصوب منه باع ما يصير في يد الغاصب من الزيت بما يصير في يده من الشيرج . قال الامام : وألحق الأصحاب بخلط الزيت بالشيرج لت' السؤوبى بالزيت ، وهو بعيد ، وإنما هو كصبغ الثوب .

فرع

إذا لم يتعذر التمييز ، لزم الغاصب التمييز وفصله بالالتقاط وإن شق ، سواء خلط الجنس كالحنطة البيضاء بالحمراء ، أو بغيره كالحنطة بالشعير .

فرع

إذا خلط الزيت بالماء ، وأمكن التمييز ، لزمه التمييز وأرش النقص إن نقص ، وإلا ، فهو كخلطه بالشيرج ، إلا أن لا تبقى له قيمة ، فيكون هالكاً قطعاً . فإن حصل فيه - مميّزاً كان أو غيره - نقص سارٍ ، فقد سبق حكمه .

فصل

إذا غصب خشبة وأدخلها في بناء ، أو بنى عليها ، أو على آجر مغطوب ، لم يملكها ، بل عليه إخراجها وردّها الى المالك ما لم تعفن . فإن عفنت بحيث لو أخرجت لم يكن لها قيمة ، فهي هالكة . فإذا أخرجها قبل العفن وردّها ، لزمه أرش النقص وإن نقصت . وفي الأجرة ما ذكرناه في إنباء الثوب بالاستعمال . ولو أدخل لوحاً مغطوباً في سفينة ، نظر ، إن لم يخف من النزع هلاك نفس ولا مال ، بأن كانت

على الأرض ، أو مرساة على الشط ، أو أدخله في أعلاها ولم يخف من نزع غرقاً ،
أو لم يكن فيها نفس ولا مال ، ولا خيف هلاك السفينة نفسها ، لزمه نزع ورده ،
فإن كان في لجة [البحر] وخيف من النزع هلاك حيوان محترم ، سواء كان آدمياً
الغاصب أو غيره ، أو غير آدمي ، لم ينزع حتى تصل الشط . وإن خيف من
النزع هلاك مال ، إما في السفينة ، وإما [في] غيرها ، [فهو ، إما] للغاصب ، أو لمن وضع ماله
فيها وهو يعلم أن فيها لوحاً مفصوباً ، [فإن كان لهما] ففي نزع وجهان . أحدهما عند الامام :
النزع ، كما يهدم البناء لرد الخشبة . وأصحها عند ابن الصباغ وغيره : لا ينزع ، لأن
السفينة لا تدوم في البحر ، فيسهل الصبر إلى الشط . وإن كان لغيرهما ، لم ينزع قطعاً .

قلت : الأصح عند الأكثرين ما صححه ابن الصباغ . والله أعلم

وحيث لا ينزع إلى الشط ، فتؤخذ القيمة للحيولة إلى أن يتيسر النزع ،
فحينئذ يردّ اللوح مع أرش النقص ويسترد القيمة . وإن قلنا : لا يبالي في النزع
بهلاك مال الغاصب فاختلفت التي فيها اللوح بسفن للغاصب ، ولا يوقف على اللوح
إلا بنزع الجميع ، فهل ينزع الجميع ؟ وجهان .

قلت : كذا أطلقوا الوجهين بلا ترجيح ، وينبغي أن يكون أرجحهما عدم النزع .

والله أعلم

فرع

الخيطة المنصوب ، إن خيط به ثوب ونحوه ، فالحكم كما في البناء على الخشبة .
وإن خيط به جرح حيوان ، فهو قسبان . محترم ، وغيره . والمحترم نوعان .
آدمي وغيره .

أما الآدمي : فان خيف من نزع هلاكه ، لم ينزع ، وعلى الغاصب قيمته . ثم إن خط جرح نفسه ، فالضمان مستقر عليه . وإن خاط جرح غيره باذنه وهو عالم بالغصب ، فقرار الضمان على المجروح . وإن كان جاهلاً ، فعلى الخلاف فيما إذا أطعم المنصوب رجلاً . وفي معنى خوف الهلاك ، خوف كل محذور يجوز العدول إلى التيمم من الوضوء (١) وفقاً وخلافاً .

وأما غير الآدمي ، فضربان . مأكول ، وغيره . فغيره ، له حكم الآدمي ، إلا أنه لا اعتبار ببقاء الشئ [فيه] . وأما المأكول ، فان كان لغير الغاصب ، لم ينزع ، وإن كان للغاصب ، فقولان . وقيل : وجهان . أظهرهما : لا يذبح كغير المأكول . وإذا مات الحيوان وفيه الخيط ، فان كان غير آدمي نزع ، وكذا إن كان آدمياً على الأصح .

وأما غير المحترم ، فلا يبيح بهلاكه ، فينزع منه الخيط . ومن هذا القسم : الخنزير ، والكلب المقور ، وكذا الكلب الذي لا منفعة فيه ، قاله الامام . وكذا المرتد على المذهب ، وبه قطع الأكثرون . وذكر الامام فيه وجهين ، وادعى أن الأوجه : منع النزع ، لأن المثلة بالمرتد محرمة ، بخلاف المثلة بالميت ، لأننا نتوقع عود المرتد إلى الاسلام . ومن هذا القسم الحربي . وأما الزاني المحصن ، والمحارب ، فقال المتولي : هما على الوجهين فيما إذا مات وفيه الخيط ، لأن تفويت رُوحه مستحق ، وحيث قلنا : لا ينزع ، يجوز غضب الخيط ابتداءً ليخاط به الجرح إذا لم يوجد خيط حلال . وحيث قلنا : ينزع ، لا يجوز .

قلت : وحيث بلي الخيط ، فلا نزع مطلقاً ، بل تجب القيمة . والله أعلم

(١) في الأصل : يجوز العدول من التيمم إلى الوضوء ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية ، و « شرح الوجيز » .

فرع

حصل فصيل^(١) رجل في بيت رجل ، ولم يمكن إخراجه إلا بنقض البناء ، فإن كان بتفريط صاحب البيت ، بأن غصبه وأدخله ، نقض ولم يفرم صاحب الفصيل شيئاً . وإن كان بتفريط صاحب الفصيل ، نقض البناء ، ولزمه أرش النقص . وإن دخل بنفسه ، نقض أيضاً ، ولزم صاحب الفصيل أرش النقص على المذهب ، وبه قطع العراقيون . وقيل : وجهان . ثانيهما : لا أرش عليه .

فرع

وقع دينار في محبرة ، ولا يخرج إلا بكسرهما ، فإن وقع بفعل صاحب المحبرة عمداً أو سهواً ، كسرت ، ولا غرم على صاحب الدينار ، وإن وقع بفعل صاحبه ، أو بلا تفريط من أحد ، كسرت ، وعلى صاحبه الأرش . وقال ابن الصباغ : إذا لم يفرط أحد ، وانترم صاحب المحبرة ضمان الدينار ، ينبغي أن لا تكسر ، لزوال الضرر بذلك ، وهذا الاحتمال عائد في صورة البيت والفصيل .

فرع

أدخلت بهيمة رأسها في قيد ، ولم يخرج إلا بكسرهما ، فإن كان معها صاحبها ، فهو مفرط بترك الحفظ . فإن كانت غير مأكولة ، كسرت القدر ، وعليه أرش النقص . وإن كانت مأكولة ، ففي ذبحها وجهان ، كسأله الخيط . وإن لم يكن معها أحد ، فإن فرط صاحب القدر ، بأن وضع القدر في موضع لا حق له فيه ، كسرت ، ولا أرش له . وإن لم يفرط ، كسرت ، وغرم صاحب البهيمة الأرش ، ولم

(١) الفصيل : ولد الناقة ، سمي بذلك ، لأنه يفصل عن أمه ، فهو فصيل بمعنى مفعول ، والجمع فصائل بضم الفاء وكسرهما ، وقد يجمع على فصائل بكسر الفاء .

يذكروا هذا التفصيل بين المأكول وغيره في مسألة الفصيل ، والوجه: التسوية .

فرع

سيأتي إن شاء الله تعالى القول في أن ما تلتفه البهيمة ، متى يضمنه مالكها في بابه . فإذا ابتلعت شيئاً واقتضى الحال الضمان، نظر ، إن كان مما يفسد بالابتلاع، ضمنه . وإن كان مما لا يفسد، كاللؤلؤ ، فإن كانت غير مأكولة ، لم تذبح، وغرم قيمة المبتلع، للحيلولة . وإن كانت مأكولة ، ففي ذبحها الوجهان .

فرع

لو باع بهيمة بشمن معين ، فابتلعته ، فإن لم يكن الثمن مقبوضاً ، انفسخ البيع ، وهذه بهيمة لبائنها ابتلعت مال المشتري ، إلا أن يقتضي الحال وجوب الضمان على صاحب البهيمة ، فيستقر العقد ، ويكون ما جرى قبضاً للثمن بناءً على أن إتلاف المشتري قبض منه . وإن كان الثمن مقبوضاً ، لم ينفسخ البيع ، وهذه بهيمة للمشتري ابتلعت مال البائع .

فصل

غصب زَوْجِي خَفٍ قيمتها عشرة ، فرد أحدهما وقيمته ثلاثة، وتلف الآخر، يلزمه سبعة قطعاً، لأن بعض المغصوب تلف، وبعضه نقص. ولو أتلّف أحدهما، أو غصبه وحده وتلف ، وعادت قيمة الباقي إلى ثلاثة ، ففيه أوجه . أصحابها عند الشيخ أبي حامد ومن تابعه : يلزمه سبعة . وأصحابها عند الإمام ، والنفوي : خمسة ، كما

لو أئلف رجل أحدهما، وآخر الآخر، فإن كلاهما يضمن خمسة . والثالث : يلزمه ثلاثة ، لأنها قيمة ما أئلفه . ولو أخذ أحدهما بالسرقة، وقيمته مع نقص الباقي نصاب، لم يقطع بلا خلاف .

قلت : الأقوى ، ما صححه الامام ، وإن كان الأكثرون على ترجيح الأول وعليه العمل . ويخالف المقيس عليه ، فإنه لا ضرر على المالك هناك . وصورته : أنها أئلفهما دفعة واحدة . فإن تماقبا ، لزم الثاني ثلاثة . وفي الأول ، الخلاف . وفي الصورة الأولى إذا غضبها مما وجه في التنبيه ، و « التهمة » : أنه يلزمه ثلاثة ، وهو غريب . والله أعلم

الطرف الثالث : فيما يترتب على تصرفات الغاصب . وفيه مسائل .

إحداها : إذا اتجر الغاصب في المال المفضوب ، فقولان . الجديد : أنه إن باعه أو اشترى بعينه ، فالتصرف باطل . وإن باع سلهاً أو اشترى في الذمة وسلم المفضوب فيه ، فالعقد صحيح ، والتسليم فاسد ، فلا تبرأ ذمته مما التزم ، ويملك الغاصب ما أخذ ، وأرباحه له . والقديم : أن يبيعه والشراء بعينه ينعقد موقوفاً على إجازة المالك . فإن أجاز ، فالربح له . وكذا إذا التزم في الذمة وسلم المفضوب ، تكون الأرباح للمالك ، وهذه المسألة سبق ذكرها في البيع ، ويتم شرحها في القراض إن شاء الله تعالى . والغرض هنا ، أن ما ذكره بعدها مفرع على الجديد ، وهو الأظهر .

الثانية : وطىء الغاصب المفضوبة ، فإن كانا جاهلين بتحريم الوطء ، فلا حد عليهما ، وعليه المهر للسيد ، وكذا أُرش البكارة إن كانت بكرراً . ثم هل يفرد الأرض فقول : عليه مهر ثيب ، والأرث ؟ أم لا يفرد ، فقول : مهر بكر ؟ وجهان . أصحهما : الأول . والوجه ، أن يقال : إن اختلفت المقدار بالاعتبارين ، وجب الزائد ، وقد أشار الامام إليه ، وإلا ، ففيه الوجهان . وإن كانا عالين بالتحريم ،

نظر ، إن كانت الجارية مكرهة ، فعلى الغاصب الحد والمهر ، ويجب أرش البكارة إن كانت بكرأ . وإن كانت طائفة ، فعليها الحد ، ولا يجب المهر على الصحيح المنصوص . وقيل : على المشهور . ويجب أرش البكارة إن كانت بكرأ إذا قلنا : يفرد عن المهر ، وإلا ، ففي وجوب الزائد على مهر مثلها وهي ثيب ، وجهان . أحدهما : لا يجب ، كما لو زنت الحرة وهي طائفة وهي بكر . والثاني : يجب ، كما لو أذنت في قطع طرف منها . وإن كان الغاصب عالماً دونها ، فعليه الحد وأرش البكارة إن كانت بكرأ ، والمهر . وإن كانت عالة دونه ، فعليها الحد ودونه إن طاوعته ، ويجب المهر إن كانت مكرهة ، وإلا ، فعلى الخلاف . ثم الجهل بتحريم الوطء ، قد يكون للجهل بتحريم الزنا مطلقاً ، وقد يكون لتوهم حليتها خاصة لدخولها بالنصب في ضمانه ، ولا تقبل دعواهما إلا من قريب العهد بالاسلام ، أو ممن نشأ في موضع بعيد عن المسلمين ، وقد يكون لاشتباهها عليه وظنه أنها جاريته ، فلا يشترط لقبول دعواه ما ذكرناه .

الثالثة : إذا وطء المشتري من الغاصب ، فالقول في وطئه في حالتي العلم والجهل ما ذكرنا في الغاصب ، إلا أن جهل المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها مفسوبة أيضاً ، فلا يشترط في دعواه الشرط السابق . وإذا غرم المشتري المهر ، فسيأتي القول في ورجوعه [به] على الغاصب . وهل للمالك مطالبة الغاصب به ابتداءً ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، وهو مقتضى كلام الجمهور . وأشار الامام إلى جريان الوجهين ، سواء قلنا : يرجع المشتري بالمهر على الغاصب ، أم لا . وقال : إذا قلنا : لا رجوع ، فظاهر القياس : أنه لا يطالب . وإذا قلنا بالرجوع ، فالظاهر المطالبة ، لاستقرار الضمان عليه ، وطرد الخلاف في مطالبة الغاصب بالمهر إذا وطئت بالشبهة .

فرع

إذا تكرر وطء الغاصب أو المشتري منه ، فإن كان في حال الجهل ، لم يجب إلا مهر ، لأن الجهل شبهة واحدة مطردة ، فأشبهه الوطء في نكاح فاسد مراراً . وإن كان عالماً ، وجب المهر ، لكونها مكرهة . أو قلنا بالوجوب مع طاعتها ، فوجهان ، أحدهما : الاكتفاء بمهر . وأصحها : يجب لكل مائة مهر . وإن وطئها مرة عالماً ، ومرة جاهلاً ، وجب مهران .

فرع

هذا الذي ذكرنا ، فيما إذا لم يكن الوطء محبلاً . [أما] إذا أحبل الغاصب أو المشتري منه ، نظر ، إن كان عالماً بالتحريم ، فالولد رقيق للمالك غير نسيب ، لكونه زانياً . فإن انفصل حياً ، فهو مضمون على الغاصب ، أو ميتاً بجناية ، فبدله لسيده ، أو بلا جناية ، ففي وجوب ضمانه على الغاصب ، وجهان . أحدهما وهو ظاهر النص : الوجوب ، لثبوت اليد عليه تبعاً للأم ، وبه قال الاغاضي ، وابن سلمة ، واختاره الفقهاء . وبالمنع قال أبو إسحاق ، واختاره أبو محمد ، والامام ، والبنغوي ، لأن جنائته (١) غير متيقنة ، وسبب الضمان هلاك رقيق تحت يده . ويجري الوجهان في حمل البهيمة المنصوبة إذا انفصل ميتاً ، فإن أوجبنا الضمان ، فهو قيمته يوم الانفصال لو كان حياً في ولد الجارية والبهيمة جميعاً ، وخرج الامام وجهاً في ولد الجارية أنه يضمن بعشر قيمة الأم ، تنزيلاً للغاصب منزلة الجاني . أما إذا كان الواطئ جاهلاً بالتحريم ، فالولد نسيب حر للشبهة ، وعليه قيمته للمالك الجارية يوم الانفصال إن انفصل حياً .

(١) في نسخة : لأن حياته .

فإن انفصل ميتاً بنفسه ، فالصحيح : أنه لا قيمة عليه ، وإن كان بجناية ، فعلى الجاني ضمانه ، وللمالك تضمين الغاصب ، لأن له بدله ، فقوم عليه ، ثم الواجب على الجاني الغرّة ، والمالك عشر قيمة الأم . فإن استويا ، ضمن الغاصب للمالك عشر قيمة الأم . وإن كانت قيمة الغرّة أكثر ، فكذلك ، والزيادة تستقر له بحق الارث . وإن نقصت الغرّة عن العشر ، فوجهان . أحدهما : أنه يضمن المالك تمام العشر . والثاني : لا يضمن إلا قدر الغرّة . ولو انفصل ميتاً بجناية الغاصب ، لزمه الضمان . ولو أجبل الغاصب ومات وترك أباه ، ثم انفصل الحنين ميتاً بجناية ، فالغرّة لجدة الطفل . ثم عن القاضي حسين : أنه يضمن للمالك ما كان يضمنه الغاصب . وعنه : أنه لو كان مع الغاصب أم أم الحنين ، فورثت سدس الغرّة ، قطع النظر عنه ، ونظر إلى عشر قيمة الأم وخمسة أسداس الغرّة ، وكأنها كل الغرّة ، والجوابان مختلفان ، فرأى الامام إثبات احتمالين في صورتين ، ينظر في أحدهما ، إلى أن من يملك الغرة ، ينبغي أن يضمن للمالك ، ويستبعد في الآخر تضمين من لم يغصب . قال المتولي : الغرة تجب مؤجلة ، وإنما يفرم الغاصب عشر قيمة الأم إذا أخذ الغرة . وتوقف الامام فيه . هذا هو الصحيح المعروف في الولد المحكوم بحريته . وفي وجه : لا ينظر إلى عشر قيمة الأم ، بل تعتبر قيمته لو انفصل حياً . وفي وجه : يفرم الغاصب للمالك أكثر الأمرين من قيمة الولد والغرة . ودعوى الجهل في هذا ، كدعواه إذا لم تجبل على ماسبق . وحكى السمودي خلافاً في قبولها لحرية الولد ، وإن قبلت لدفع الحد . ويجب في حالي العلم والجهل أرش نقص الجارية إن نقصت بالولادة ، فإن تلفت عنده ، وجب أقصى القيم ، ودخل فيه نقص الولادة وأرش البكارة . ولو ردها وهي حبلى ، فماتت في يد المالك بالولادة ، قال أبو عبد الله القطان في « المطارحات » : لا شيء عليه في صورة العلم ، لأن الولد ليس منه حتى يقال : ماتت بولادة ولده . ونقل في صورة الجهل قولين ، وأطلق المتولي القولين بوجوب الضمان .

قلت : الأصح : قول المتولي . والله أعلم

فرع

لو وطئ الغاصبُ باذن المالك ، فحيث قلنا : لا مهر إذا لم يأذن ، فهنا أولى ، وإلا ، فقولان محافظة على حرمة البضع . وفي قيمة الولد ، طريقان . قيل : كالمهر ، وقيل : تجب قطعاً ، لأنه لم يصرح بالاذن في الاحبال .

فصل

فيما يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه المالك

وفيه فروع .

الأول : إذا تلفت العين المغصوبة عند المشتري ، ضمن قيمتها أكثر ما كانت من يوم قبضها إلى التلف ، ولا يضمن زيادة كانت في يد الغاصب ، ولا يرجع بما ضمنه عالماً كان أو جاهلاً . وعن صاحب « التقريب » : أنه يرجع من المفروم بما زاد على قدر الثمن ، سواء اشتراه رخيصاً ، أم زادت قيمته ، وهو شاذ .

الثاني : إذا تعيب المغصوب عند المشتري بعمى أو شلل أو نحوهما ، فإن كان بفعل المشتري ، استقر ضمانه عليه ، وكذا لو أتلّف الجميع . وإن كان بآفة سماوية ، فقولان . أظهرهما : لا يرجع على الغاصب ، وبه قطع العراقيون والأكثر .

الثالث : منافع المغصوب ، يضمنها المشتري للمالك بأجرة مثلها ، سواء استوفاه بالسكون^(١) والركوب واللبس ونحوها ، أم فانت تحت يده ، ولا يرجع بما استوفاه ،

(١) في هامش نسخة الظاهرية ما نصه : لعله بالسكنى .

ولا بالمهر وأرش البكارة على الجديد الأظهر ، ويرجع بما تلف تحت يده على الأصح .

الرابع : لا يرجع بقيمة الولد المنقذ حراً على المذهب . وقيل : قولان . ويرجع بأرش نقص الولادة على المذهب ، وبه قطع العراقيون . وقيل : وجهان . ولو وهب الجارية المنصوبة ، فاستولدها المتب جاهلاً بالحال ، وغرم قيمة الولد ، ففي رجوعه بها وجهان .

الخامس : إذا بنى المشتري أو غرس في المنصوبة ، فجاء المالك ونقض ، رجع بأرش النقصان على الغاصب على الأصح ، وبه قطع العراقيون . قال البغوي : والقياس : أن لا يرجع على الغاصب بما أنفق على العبد وما أدى من خراج الأرض ، لأنه شرع في الشراء على أنه يضمها .

السادس : لو زوج الغاصب المنصوبة ، فوطئها الزوج جاهلاً ، غرم مهر المثل للمالك ، ولا يرجع به على الغاصب ، لأنه شرع فيه على أن يضمن المهر . فلو استخدمها الزوج ، وغرم الاجرة ، لم يرجع ، لأنه لم يسلطه بالتزويج على الاستخدام ، بخلاف الوطاء ، ويرجع بغرم المنافع التالفة تحت يده ، لأنه لم يستوفها ، ولم يشرع على أن يضمن . والقول في قيمتها لو تلفت في يده ، سبق ، فإن غرمها ، رجع بها . قال الاصحاب : وضابط هذه المسائل ، أن ينظر فيما غرمه من أثبت (١) يده على [يد] الغاصب جاهلاً . فإن دخل على أن يضمه ، لم يرجع ، وإن شرع على أن لا يضمه ، فإن لم يستوف ما يقلبه ، رجع به . وإن استوفاه ، فقولان . فلو غصب شاة فولدت في يد المشتري ، أو شجرة فأثمرت ، فأكل فائدتها وغرمها للمالك ، ففي رجوعه بما غرم على الغاصب قولان ، كالمهر . وإن هلك تحت يده ، فهي كالمنافع التي لم

(١) في نسخة الظاهرية : أثبتت يده ، وفي « شرح الوجيز » من ترتب يده .

يستوفها ، وكذا القول في الأكساب . ولو انفصل الولد ميتاً ، فالمذهب : أنه لا ضمان ، وكذا إذا انفصل ميتاً في يد الغاصب . ولو استرضع المشتري الجارية في ولده أو ولد غيره ، وغرم أجرة مثلها ، ففي رجوعه بها قولان ، كالمر ، ويفرم المشتري اللبن وإن انصرف إلى مسخاتها وعاد نفعه إلى المالك ، كما لو غصب علفاً وعلف به بهيمة مالكة ، قال البغوي : وينبغي أن يرجع لأنه لم يدخل فيه على أن يضمه ، ولا عاد نفعه إليه . ولو أجر العين المنصوبة ، غرم المستأجر أجرة المثل للمالك ، ولم يرجع بها على الغاصب ، ويسترد المسمى . ولو أعارها ، رجس المستعير بما غرم للمنافع الفائتة تحت يده . وفي الرجوع بما غرمه للمنافع المستوفاة ، القولان . وكذا ما غرم الأجزاء الثالثة بالاستعمال .

فرع

كل ما لو غرمه المشتري ، رجس به على الغاصب . فإذا طوّل به الغاصب وغرمه ، لم يرجع به على المشتري . وكل ما [لو] غرمه المشتري ، لم يرجع به على الغاصب ، فإذا غرمه الغاصب ، رجس به على المشتري . وكذا الحكم في غير المشتري ، بمن أثبتت يده (١) على يد الغاصب .

فرع

لو نقصت الجارية بالولادة ، والولد رقيق بقي قيمته بنقصها ، لم ينجر به النقص ، بل يأخذ الولد والأرش .

(١) في نسخة الظاهرية : أثبتت يده ، وفي « شرح الوجيز » تربت يده .

فصل

في مسائل منشورة تتعلق بالكتاب

إحداها : حمال تعب بخشبة ، فأسندها إلى جدار رجل ، فان لم يأذن مالكة ، ضمن الجدار إن وقع بأسناده ، وضمن ماتلف بوقوعه عليه . وإن وقعت الخشبة وأتلفت شيئاً ، ضمن إن وقعت في الحال . وإن وقعت بعد ساعة ، لم يضمن . وإن كان الجدار له أو لغيره ، وقد أذن في إسنادها إليه ، فكذلك يفرق بين أن تقع الخشبة في الحال أو بعد ساعة ، كفتح رأس الزق .

الثانية : غضب داراً فتقضها وأتلف النقض ، ضمن النقض وما نقص من قيمة العرصة . وهل يغرم أجرة مثلها داراً إلى وقت النقض ، أم إلى وقت الرد ؟ وجهان .

الثالثة : غضب شاة وأزى عليها فجلاً ، فالولد للمفصوب منه . ولو غضب فجلاً وأزاه على شاته ، فالولد للغاصب ، ولا شيء عليه للأنزاء . فان نقصت قيمته ، غرم الأرض ، وينبغي أن يخرج وجوب شيء للأنزاء ، على الخلاف في صحة الاستئجار له .

قلت : هذا التفريع ، لا بد منه ، وإنما فرعوه على الأصح . والله أعلم

الرابعة : غضب جارية ناهداً ، فتدلى ثديها ، أو عبداً شاباً ، فشاح ، أو أمرد ، فالتحى ، ضمن النقصان .

الخامسة : غضب خشبة فاتخذ منها أبواباً وسمرها بمساميره ، نزع المسامير . فان

نقصت الأبواب به ، ضمن الأرض. ولو بدئها ، ففي إجبار المصوب منه على قبولها وجهان سبق نظرهما .

السادسة : غصب ثوباً ونجسه ، أو تنجس عنده ، لا يجوز له تطهيره ، ولا للمالك أن يكلفه تطهيره . فإن غسله فنقص ، ضمن النقص . ولو رده نجساً، فمؤنة التطهير على الغاصب. وكذا أرض النقص اللازم منه ، وتنجيس المائع الذي لا يمكن تطهيره ، إهلاك . وتنجيس الدهن ، مبني على إمكان تطهيره ، إن جوزناه، فهو كالثوب .

السابعة : غصب من الغاصب ، فأبرأ المالك الأول عن ضمان الغصب ، صح الإبراء ، لأنه مطالب بقيمته ، فهو كدين عليه . وإن ملكه العين المصوبة، برىء، وانقلب الضمان على الثاني حقاً له . وإن باعه لغاصب الغاصب ، أو وهبه له ، وأذن في القبض ، برىء الأول . وإن أودعه عند الثاني وقلنا : يصير أمانة في يده ، برىء الأول أيضاً . وإن رهنه عند الثاني ، لم يبرأ واحد منها .

الثامنة : إذا رد المصوب إلى المالك أو وكيله ، أو وليه ، برىء. ولو رد الدابة إلى اصطبله ، قال التولي: برىء أيضاً إذا علم المالك به أو أخبره من يعتمد خبره ، ولا يبرأ قبل العلم والاخبار . ولو امتنع المالك من الاسترداد ، رفع الأمر إلى الحاكم .

التاسعة : لو أبرأ المالك غاصب الغاصب عن الضمان ، برىء الأول، لان القرار على الثاني ، والاول كالضامن ، كذا قاله الفقهاء وغيره ، وهذا إن كان بعد تلف المال فبين ، وإن كان قبله ، فيخرج على صحة إبراء الغاصب مع بقاء المال في يده، وفيه خلاف سبق في كتاب الرهن، وبالله التوفيق .

قلت : لو غصب مسكاً أو عنبراً أو غيرها مما يقصد شمه ، ومكث عنده ، لزمه أجرته كالثوب والعبد ونحوها . [ولو طرح في المسجد غلة أو غيرها وأغلقه ، لزمه أجره جميعه . وإن لم ينفقه ، لكن شغل زاوية منه ، لزمه أجره ماشغله ومن صرح بالمسألة الغزالي في « الفتاوى » ، قال : وكما يضمن أجزاء المسجد بالاتلاف ، يضمن منفعته باتلافها] . والله أعلم



كتاب الشفعة

فيه ثلاثة أبواب .

الأول : فيما تثبت به الشفعة . وله ثلاثة أركان .

الأول : المأخوذ، وله ثلاثة شروط .

الاول : أن يكون عقاراً قال الأصحاب : الأعيان ثلاثة أضرب . أحدها : المنقولات ، فلا شفعة فيها سواء بيعت وحدها أو مع الأرض . الثاني : الأرض ، تثبت الشفعة فيها سواء يبيع الشقص منها وحده ، أم مع شيء من المنقولات . الثالث : ما كان منقولاً ثم أثبت في الأرض للدوام كالأبنية والأشجار ، فإن بيعت منفردة ، فلا شفعة فيها على الصحيح ، وإن بيعت الأرض وحدها ، تثبت الشفعة فيها وصار الشفيع معه كالشترى . وإن بيعت الأبنية والأشجار مع الأرض ، إما صريحاً ، وإما على قولنا : تستبعضها ، تثبت الشفعة فيها تبعاً للأرض . فلو كانت على الشجرة ثمرة مؤبّرة ، وأدخلت في البيع بالشرط ، لم تثبت فيها الشفعة ، لأنها لا تدوم في الأرض ، فيأخذ الشفيع الأرض والنخل بحصتها . وإن كانت غير مؤبّرة ، دخلت في البيع شرعاً ، وهل للشفيع أخذها ؟ وجهان أو قولان . أصحابنا : نعم . فعلى هذا ، لو لم يتفق الأخذ حتى تأبّرت ، أخذها أيضاً على الأصح . والثاني : لا يأخذها . فعلى هذا ، فيما يأخذ به الأرض والنخل ؟ وجهان . أصحابنا : بحصتها من الثمن كالمؤبّرة . والثاني : بجميع الثمن ، تنزيلاً له منزلة عيب يحدث . وإن كانت النخل حائلة عند البيع ، ثم حدثت الثمرة قبل أخذ الشفيع ، فإن كانت مؤبّرة ، لم يأخذها ، وإلا ، أخذها على الظاهر ، وإذا بقيت الثمار للمشتري ، لزم الشفيع إبقاؤها إلى الإدراك . وهذا إذا بيعت الأشجار مع البياض المتخلل لها ،

أو يبيع البستان كله . أما إذا بيعت الأشجار ومغارسها فقط ، أو يبيع الجدار مع الأرض ، فلا شفعة على الأصح ، لأن الأرض تابعة هنا ، والمتبوع منقول .

فرع

إذا باع شقصاً فيه زرع لا يجرُّ مراراً [وأدخله في البيع بالشرط ، أخذ الشفع بالشفعة من الثمن ولا يأخذ الزرع . وإن كان مما يجرُّ مراراً] ، فالجزء الظاهرة لا تدخل في البيع المطلق كالثمرة المؤبّرة ، والأصول كالأشجار .

فرع

[ما] دخل في مطلق بيع الدار من الأبواب ، والرفوف ، والمسامير ، تؤخذ بالشفعة تبعاً ، كالأبنية ، وكذا الدولاب الثابت في الأرض ، سواء أداره الماء ، أم غيره ، بخلاف الدلو والمنقولات . ولو باع شقصاً من طاحونة ، وقلنا : يدخل الحجر الأسفل والاعلى في البيع ، أخذ الأسفل بالشفعة ، وفي الاعلى وجهان كالثمار التي لم تؤبر .

الشرط الثاني : كون العقار ثابتاً . فلو باع شقصاً من غرفة مبنية على سقف لاحدهما أو لغيرهما ، فلا شفعة ، إذ لا قرار لها . فلو كان السقف المبني عليه مشتركاً أيضاً ، فلا شفعة على الأصح لما ذكرناه . ولو كان السفلى مشتركاً ، والعلو لاحدهما ، فباع صاحب العلو نصيبه من السفلى ، فوجهان . أحدهما : أن الشريك يأخذ السفلى ونصف العلو بالشفعة ، لأن الأرض مشتركة ، وعلوها تابعها . وأصحها : لا يأخذ إلا السفلى . ولو كان بينهما أرض مشتركة فيها شجر لاحدهما ، فباع صاحب الشجر الشجر ونصيبه من الأرض ، فعلى الوجهين .

الشرط الثالث : كونه منقسماً ، فالعقار الذي لا يقبل القسمة ، لا شفعة فيه

على المذهب ، وهو قوله الجديد . وقيل : ثبت . ومنهم من حكاه ، قولاً قديماً .
والمراد بالمتقسم : ما يجبر الشريك على قسمته إذا طلب شريكه القسمة . وفي ضبطه
أوجه . أحدها : أنه الذي لا تنقص القسمة قيمته نقصاً فاحشاً ، حتى لو كانت
قيمة الدار مائة ، ولو قسمت عادت قيمة كل نصف ثلاثين ، لم تقسم .
والثاني : أنه الذي ينتفع به بعد القسمة بوجه ما . أما ما لا يبقى فيه نفع بحال ، فلا
يقسم . وأصحها الثالث : أنه الذي إذا قسم ، أمكن أن ينتفع به من الوجه الذي
كان ينتفع به قبل القسمة ، ولا عبرة بإمكان نفع آخر . إذا عرف هذا ، فلو كان
بينها طاحونة أو حمام ، أو بئر أو نهر ، فباع أحدهما نصيبه ، نظر ، إن كان
المبيع كبيراً بحيث يمكن جعل الطاحونة ثنتين لكل واحدة حيران ، والحمام حمامين ،
أو كل بيت منه بيتين ، والبئر واسمة يمكن أن يبنى فيها فيجعل بئرين لكل
واحدة بياض يقف فيه المستقي ، ويلقى فيه ما يخرج منها ، ثبتت الشفعة فيها . وإن
لم يمكن ذلك وهو الغالب من هذه الأنواع ، فلا شفعة على الأصح . وعلى الوجهين
الآخرين ، لا يخفى الحكم . ولو اشترك اثنان في دار صغيرة ، لأحدهما عشرين ، والآخر
باقيا ، فإن أثبتنا الشفعة فيما لا ينقسم ، فأبها باع فلصاحبه الشفعة ، وإن منعناها ،
فباع صاحب العشر ، فلا شفعة لصاحبه . وإن باع صاحب الكبير ، فلصاحبه الشفعة
على الأصح تفريفاً على الأصح : أن صاحب الأكثر يجاب إلى القسمة . ولو كان
حول البئر بياض وأمكنت القسمة بجعل البئر لواحد ، والبياض لآخر ليزرعه أو
يسكن فيه ، أو كان موضع الحجر في الرحي واحداً ، ولكن فيها بيت يصلح
لفرض ، وأمكنت القسمة بجعل موضع الرحي لواحد ، وذلك البيت لآخر ، فقال جماعة :
ثبتت الشفعة وأن هذه البئر من النقسمات ، وهذا تفريع على الاجبار في هذا النوع
من القسمة . وعلى أنه لا يشترط فيما يصير لكل واحد ، إمكان الانتفاع [به]
من الوجه الذي كان .

فرع

شريكان في مزارع وبئر يستقى منها ، باع أحدهما نصيبه منها ، ثبت للآخر الشفعة فيها إن انقسمت البئر أو أثبتنا الشفعة فيما لا ينقسم ، وإلا ، فتثبت في المزرعة قطعاً ، ولا تثبت في البئر على الأصح .

الركن الثاني : الآخذ ، وهو كل شريك في رقبة العقار ، سواء فيه المسلم والذمي ، والحر ، والمكاتب . حتى لو كان السيد والمكاتب شريكين في دار ، فلكل منها الشفعة على الآخر ، ولا شفعة للجار ، ملاصقاً كان أو مقابلاً . وفي وجه : للملاصق الشفعة ، وكذا للمقابل إذا لم ينفذ بينهما طريق ، وهو شاذ ، والصحيح المرووف : الأول . وإذا قضى الحنفى لشافعي بشفعة الجوار ، لم يعترض عليه في الظاهر ، وفي الحل باطناً خلاف موضعه كتاب الأقضية .

قلت : ولا يقتضي قضاء الحنفى بشفعة الجوار على الأصح . والله أعلم

فرع

الدار إن كان بابها مفتوحاً إلى درب نافذ ، ولا شركة لأحد فيها ، فلا شفعة فيها ولا في ممرها ، لأن هذا الدرب غير مملوك . وإن كان بابها إلى درب غير نافذ ، فالدرب مشترك بين سكانه . فإن باع نصيبه من الممر فقط ، فلا شركاء الشفعة فيه إن كان منقسماً كما سبق ، وإلا ، ففيه الخلاف السابق . وإن باع الدار بممرها ، فلا شفعة لشركاء الممر في الدار على الصحيح . فإن أرادوا أخذ الممر بالشفعة ، نظر ، إن كان للمشتري طريق آخر إلى الدار ، أو أمكنه فتح باب آخر إلى شارع ، فلم يضر ذلك على الصحيح إن كان منقسماً ، وإلا . فعلى الخلاف في غير

النقسم . وقال الشيخ أبو محمد : إن كان في اتخاذ المر الآخر عسر ، أو مؤنة لها وقع ، وكانت الشفعة على الخلاف ، والمذهب : الأول . وإن لم يكن طريق آخر ، ولا أمكن اتخاذه ، ففيه أوجه . أصحابها : لا شفعة لهم ، لما فيه من الاضرار بالمشتري . والثاني : لهم [الأخذ] والمشتري هو المضر بنفسه بشرائه هذه الدار . والثالث : إن مكثوا المشتري من المرور ، فلهم الشفعة ، وإلا ، فلا ، جمعاً بين الحقين . وشركة مالكي سور الخان (١) في صحنه ، كشركة مالكي الدور في الدرب الذي لا ينفذ ، وكذا الشركة في مسيل الماء إلى الأرض دون الأرض ، وفي بئر المزرعة دون المزرعة ، كالشركة في المر .

فرع

تثبت الشفعة للذمي على المسلم ، وعلى الذمي كثبوتها للمسلم ، فلو باع ذمي شقصاً للذمي بخمر أو خنزير ، وترافعوا إلينا بعد الأخذ بالشفعة ، لم زده . ولو ترافعوا قبله ، لم نحكم بالشفعة . ولو بيع الشقص ، فارتد الشريك ، فهو على شفעתه إن قلنا : الردة لا تزيل المالك . وإن قلنا : تزيله ، فلا شفعة . فإن عاد إلى الاسلام ، وعاد ملكه ، لم تعد الشفعة على الاصح . وإن قلنا بالوقف ، فمات أو قُتل على الردة ، فلامام أخذه لبيت المال . كما لو اشترى معيماً ، أو بشرط الخيار ، وارتد ومات ، فلامام رده . ولو ارتد المشتري ، فالشفيع على شفעתه .

فرع

دار نصفها لرجل ، ونصفها لمسجد ، اشتراه قديم المسجد له ، أو وهب [له] ليُصرف في عمارته ، فباع الرجل نصيبه ، كان للقيم أخذه بالشفعة إن رأى فيه (١) كذا في الأصل ، والذي في « شرح الوجيز » : وشركة مالكي بيوت الخبار .

مصلحة، كما لو كان ليت المال شركة في دار ، فباع الشريك نصيبه ، فلامام الاخذ بالشفعة . وإن كان نصف الدار وقفاً، ونصفها طليقاً ، فباع المالك نصيبه ، فلا شفعة لمستحق الوقف على المذهب ، ولا شفعة للمالك المنفعة فقط بوصية أو غيرها .

فرع

المأذون له بالتجارة ، إذا اشترى شقصاً، ثم باع الشريك نصيبه ، فله الأخذ بالشفعة ، إلا أن يمنعه السيد أو يسقط الشفعة. وله الاسقاط وإن أحاطت به الديون وكان في الاخذ غبطة ، كما له منعه من الاعتياض في المستقبل . ولو أراد السيد أخذه بنفسه ، فله ذلك .

فرع

لا يخفى أن الشركة لا تعتبر في مباشرة الأخذ ، وإنما هي معتبرة فيمن يقع الأخذ له ، بدليل الوكيل ، والولي ، والعبد المأذون ، فإن لهم الاخذ .
الركن الثالث : المأخوذ منه ، وهو المشتري ومن في معناه. وفي ضبطه قيود .
الأول : كون ملكه طارئاً على ملك الأخذ . فإذا اشترى رجلان داراً معاً، أو شقصاً من دار، فلا شفعة لواحد منهما على الآخر، لاستوائهما في وقت حصول الملك .
الثاني : كونه لازماً . فإن باع بشرط الخيار لهما ، أو للبائع ، فلا شفعة ما دام الخيار باقياً . وإن شرط الخيار للمشتري فقط ، فإن قلنا : الملك له، أخذه الشفيع في الحال على الأظهر عند الجمهور . وإن قلنا : الملك للبائع ، أو موقوف، لم يأخذ في الحال على الاصح. فإن قلنا: يأخذ، تَبَيَّنَتْ أَنَّ المشتري ملكه قبل أخذه، وانقطع الخيار .

فرع

باع أحد الشريكين نصيبه بشرط الخيار، ثم باع الثاني نصيبه في زمن الخيار بيع بتات ، فلا شفعة في المبيع أولاً للبائع الثاني إذ زال ملكه ، ولا للمشتري منه ، وإن تقدم ملكه على ملك المشتري الاول إذا قلنا : لا يملك في زمن الخيار ، لأن سبب الشفعة البيع ، وهو سابق على ملكه . وأما الشفعة في البيع ثانياً، فموقوفة إن توقفنا في الملك ، وللبائع الاول إن أبقينا الملك له ، وللمشتري منه إن أثبتنا الملك له . وعلى هذا ، قال المتولي : إن فسخ البيع قبل العلم بالشفعة ، بطلت شفعتها إن قلنا : الفسخ بخيار الشرط يرفع العقد من أصله . وإن قلنا : يرفعه من حينه ، فهو كما لو باع ملكه قبل العلم بالشفعة . وإن أخذه بالشفعة، ثم فسخ البيع ، فالحكم في الشفعة كالحكم في الزوائد الحادثة في زمن الخيار .

فصل

إذا وجد المشتري بالشقص عيباً قديماً ، وأراد رده، وجاء الشفيع يريد أخذه، ويرضى بكونه معيباً ، فقولان . وقيل : وجهان . أظهرهما عند الجمهور ، وقطع به بعضهم : أن الشفيع أولى بالإجابة ، لأن حقه سابق، فانه ثبت بالبيع ، ولأن غرض المشتري استدراك الظلامة وتحصيل الثمن، وذلك حاصل بأخذ الشفيع. ولأننا لو قدمنا المشتري ، بطل حق الشفيع بالكلية . وإذا قدمنا الشفيع ، حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمته . والثاني : المشتري أولى ، لأن الشفيع إنما يأخذ إذا استقر العقد . ولو رده بالعيب قبل مطالبة الشفيع ، ثم طلب الشفيع ، فإن قلنا : المشتري أولى عند اجتماعهما ، فلا يجاب ، وإلا ، فيجاب على الأصح، وبفسخ

الرد. أو تقول :تبيّننا أن الرد كان باطلاً ، والخلاف - في أن المشتري أولى أو الشفيع - جارٍ فيما لو اشترى شقصاً بعبد ، ثم وجد البائع بالعبد عيباً فأراد رده واسترداد الشقص ، وأراد الشفيع أخذه بالشفعة . وحكى البغوي جريانه فيما لو اشترى شقصاً بعبد وقبض الشقص قبل تسليم العبد ، فتلف العبد في يده ، ففي وجه : تبطل شفعة الشفيع . وفي وجه : يتمكن من الأخذ . وقطع ابن الصباغ وغيره ، بأنه إذا كان الثمن عيناً فتلف قبل القبض ، بطل البيع والشفعة .

فصل

أصدقها شقصاً، ثم طلقها قبل الدخول ، أو ارتد ، وجاء الشفيع يريد أخذه بالشفعة ، فله أخذ نصفه ، وأما النصف الآخر ، فهل الزوج أولى به ، أم الشفيع ؟ وجهان . وكذا إذا اشترى شقصاً وأفلس بالثمن ، فأراد البائع الفسخ ، والشفيع الأخذ بالشفعة ، فيه الوجهان . أصحابها : فيها الشفيع أولى ، لأن حقه أسبق ، فانه ثبت بالعقد . وفي وجه ثالث : الشفيع في الاولى أولى ، والبائع في الثانية أولى . فاذا قدمنا الشفيع في صورة الافلاس ، ففيه أوجه . أصحابها : أن الثمن المأخوذ من الشفيع مقسوم بين الغرماء كلهم ، لأن حق البائع إذا انتقل إلى الدمة ، صار كسائر الغرماء ، وبهذا قال ابن الحداد ، والثاني : يقدم البائع بالثمن رعاية للجانبين . والثالث : إن كان البائع سلم الشقص ثم أفلس المشتري ، لم يكن أولى بالثمن ، لرضاه بذمته . وإن لم يسلمه ، فهو أولى بالثمن . والخلاف في نصف الصداق ، جارٍ فيما إذا أعاد كله إلى الزوج برديتها ، أو فسخ قبل الدخول . هذا إذا اجتمع الشفيع والزوج أو البائع ، أما إذا أخذ الشفيع الشقص من يد الزوجة ، ثم طلق الزوج ، أو من يد المشتري ، ثم أفلس ، فلا رجوع للزوج والبائع إلى الشقص بحال ،

لكن ينتقل حق البائع إلى الثمن ، وحق الزوج إلى القيمة في مالها ، كما لو زال الملك ببيع أو غيره . ولو طلقها قبل علم الشفيع، وأخذ النصف ، ثم جاء الشفيع ، ففي استرداده ما أخذه الزوج ، وجهان ، كما لو جاء بعد الرد بالعيب . وقيل : لا يسترد قطعاً، لان المهر يشطر بالطلاق من غير اختيار ، فيعده تقضه . فان قلنا : يسترده ، أخذه وما بقي في يدها ، وإلا، فيأخذ ما في يدها ويدفع إليها نصف مهر المثل . ولو كان للشقص المهور شفيعان، فطلبا، وأخذ أحدهما نصفه ، ثم طلقها قبل أن يأخذ الآخر ، فلا يأخذ الزوج النصف الحاصل في يد الشفيع . وأما النصف الآخر، قبل هو أولى، أم الشفيع؟ فيه الخلاف السابق، ويجري فيها إذا أخذ أحد الشفيعين من يد المشتري ، ثم أفلس . فان قلنا : الشفيع أولى ، ضارب البائع مع الغرماء بالثمن . وإن قلنا : البائع أولى ، فان شاء أخذ النصف الباقي وضارب مع الغرماء بنصف الثمن ، وإلا ، فتركه ويضارب بكل الثمن .

القيد الثالث : أن يملكه بمعاوضة . فان ملك بآرث ، أو هبة ، أو وصية ، فلا شفعة . فان وهب بشرط الثواب ، أو مطلقاً ، وقلنا : تقتضي الثواب ، تثبت الشفعة على الاصح للمعاوضة . وقيل : لا ، لانها ليست مقصودة . فعلى الاصح ، هل يأخذ قبل قبض الموهوب لانه صار بيعاً، أم لا ، لان الهبة لا تتم إلا بالقبض؟ وجهان . أصحها : الاول .

فرع

اشترى شقصاً ، ثم تقايلا، فان عفا الشفيع ، وقلنا : الاقالة بيع ، تجددت الشفعة، وأخذ من البائع . وإن قلنا : فسخ ، لم تتجدد كما لا تتجدد بالرد بالعيب . وإن قاله قبل علم الشفيع بالشفعة . فان قلنا : الاقالة بيع ، فالشفيع بالخيار بين أن

يأخذ بها، وبين أن ينقصها حتى يعود الشقص إلى المشتري ، فيأخذ منه . وإن قلنا:
فسخ ، فهو كطلب الشفعة بعد الرد بالعيب .

فرع

إذا جعل الشقص أجرة، أو جملاً، أو رأس مال [في] سلم، أو صداقاً، أو متعة ، أو
عوض خلع أو صلح عن دم أو مال ، أو جملة المكاتب عوضاً عن النجوم ،
ثبتت الشفعة في كل ذلك . ولو أقرضه شقصاً ، قال المتولي : القرض صحيح ،
وللشفيع أخذه إذا ملكه المستقرض. وإنما ثبتت الشفعة في الجمل بعد العمل. وحكي
وجه : أنه إذا [كان] ما يقابل الشقص مما لا يثبت في الذمة بالسلم ولا بالقرض ،
فلا شفعة ، وهو شاذ ضعيف .

فرع

بذل شقصاً عن بعض النجوم ، ثم عجز ورق ، فهل تبقى الشفعة لانه كان
عوضاً ، أم تبطل لخروجه عن العوض ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

فرع

قال المولى لمستولده : إن خدمت أولادي شهراً ، فلك هذا الشقص ، فخدمتهم،
استحقته . وهل تثبت فيه الشفعة كالاجرة ، أم لا، لانه وصية معتبرة من الثالث ؟
وجهان . أصحها : الثاني .

فصل

إذا باع الوصي أو القيم شقص الصبي وهو شريكه ، فلا شفعة له على الأصح .
وبه قال ابن الحداد ، لأنه لو تمكن منه ، لم يؤمن أن يسامح في الثمن ، ولهذا
لا يبيعه مال نفسه . ولو اشترى شقصاً للطفل وهو شريك في العقار ، فله الشفعة
على الصحيح ، إذ لا تهمة . وقيل : لا ، لأن في الشراء والأخذ تعليق عهد الصبي
من غير نفع له ، والأب والجد الأخذ بالشفعة إذا كانا شريكين ، سواء باعاً أو اشترى
لقوة ولايتها وشفقتها ، كما [له] بيع ماله لنفسه . ولو كان في حجر الوصي يتيان بينها
دار ، فباع نصيب أحدهما لرجل ، فله أخذه بالشفعة للآخر .

فرع

وكئل أحد الشريكين صاحبه في بيع نصيبه ، فباعه ، فلو كيل أخذه بالشفعة
على الأصح وقول الأكثرين ، لأن الموكل ناظر لنفسه بمتراض على الوكيل إن
قصر ، بخلاف الصبي . ولو وكل رجل أحد الشريكين في شراء الشقص ، فلو كيل الأخذ
بالشفعة بلا خلاف . ولو وكل الشريك الشريك في بيع نصف نصيبه [وأذن له
في بيع نصيبه ، أو بعض نصيبه مع نصيب الموكل إن شاء ، فباع نصف نصيب الموكل مع نصيبه]
صفقة واحدة ، فلو وكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة . وهل للوكيل أخذ نصيب
الموكل ؟ فيه الوجهان .

فرع

إذا كان للمشتري في الدار شركة قديمة ، بأن كانت بين ثلاثة أثلاثاً ، فباع
أحدهم نصيبه لأحد صاحبيه ، فالاصح أن المشتري والشريك الآخر يشتركان في أخذ
الشقص ، لاستوائهما في الشركة . وقيل : الشريك الثالث يختص بالشفعة ، فعلى هذا

إن شاء أخذ جميع الشقص ، وإن شاء تركه . وعلى الاصح : إن شاء أخذ نصف الشقص ، أو تركه . فإن قال المشتري : خذ الكل ، أو اترك الكل ، وقد تركت أنا حقي ، لم تلزمه الاجابة ، ولم يصح إسقاط المشتري حقه من الشفعة ، لأن ملكه استقر على النصف بالشراء ، فصار كما لو كان للشقص شفيهان : حاضر ، وغائب ، فأخذ الحاضر الجميع ، فحضر الغائب ، له أن يأخذ نصفه ، وليس للحاضر أن يقول : اترك الجميع أو خذ الجميع فقد تركت حقي ، ولا نظر إلى تبعض الصفقة عليه ، فانه لزم من دخوله في هذا العقد . وحكي وجه : أنه إذا ترك المشتري حقه ، لزم الآخر أخذ الكل أو تركه ، كما لو عفا أحد الشفيعين الأجنبيين . ولو كان بين اثنين دار ، فباع أحدهما نصف نصيبه لثالث ، ثم باع النصف الثاني لذلك الثالث ، فعلى الاصح حكمه كما لو باع النصف الثاني لاجني ، وسيأتي بيانه في الباب الثاني إن شاء تعالى . وعلى الوجه الآخر : لا شفعة للمشتري ، وللشفيع الخيار بين أن يأخذ الكل أو يأخذ أحد النصفين فقط .

فصل

إذا باع في مرض موته شقصاً ، وحابى ، فقد يكون الشفيع والمشتري أجنبيين ، أو وارثين ، وقد يكون المشتري وارثاً فقط ، أو عكسه ، فهذه أربعة أضرب .
الاول : إذا كانا أجنبيين ، فإن احتمل الثلث الحاباة ، صح البيع ، وأخذ الشقص بالشفعة . وإن لم يحتمله ، بأن باع شقصاً يساوي ألفين بألف ، ولا مال له غيره ، نظر ، إن رده الوارث ، بطل البيع في قدر الحاباة . وفي صحته في الباقي طريقان . أحدهما : فيه قولان تفريق الصفقة . والثاني : القطع بالصحة . وإذا قلنا بالصحة ، ففيها يصح فيه البيع ؟ قولان . أحدهما : يصح في قدر الثلث ، والقدر الذي يوازي الثمن بجميع الثمن . والثاني : لا يسقط شيء من المبيع إلا ويسقط ما يقابله من

الثلث . وقد سبق بيان الأظهر من القولين في باب تفريق الصفقة . فإن قلنا بالقول الأول ، صح البيع في الصورة المذكورة في خمسة أسداس الشقص بجميع اثنى عشر . وإن قلنا بالثاني ، دارت المسألة . وحسابها أن يقال : يصح البيع في شيء من الشقص بنصف شيء ، يبقى مع الورثة ألفان إلا نصف شيء ، وذلك يعدل مثلي المحابة ، وهي نصف شيء ، فمثلاها شيء ، فتجبر ونقابل ، فيكون ألفان معادلين لشيء ونصف ، والشيء من شيء ونصف ثلثاه ، فعملنا أن البيع صح في ثلثي الشقص ، وقيمه ألف وثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث بثلثي الثلث ، وهو نصف هذا المبلغ ، فتكون المحابة ستمائة وستة وستين وثلثين ، يبقى للورثة ثلث الشقص وثلثا الثلث ، وهما ألف وثلثمائة وثلثة وثلثون وثلث ، وذلك ضعف المحابة . وعلى القولين جميعاً ، للمشتري الخيار ، لأن جميع المبيع لم يسلم له . فإن أجاز ، أخذ الشفيع خمسة أسداس الشقص بجميع اثنى عشر على القول الأول ، وثلثيه بثلث الثلث على الثاني . وإن أراد أن يفسخ ، وطلب الشفيع ، فأيهما يحجب ؟ فيه الخلاف السابق في الرد بالميب ، وكذا لو فسخ قبل طلب الشفيع ، هل تبطل الصفقة ، أم للشفيع رد الفسخ ؟ فيه ما سبق من الخلاف . وإن أجاز الورثة ، صح البيع في الكل . ثم إن قلنا : إن إجازتهم تنفيذ لما فعل الميت ، أخذ الشفيع الكل بكل الثلث . وإن قلنا : إنها ابتداء عطية منهم ، لم يأخذ القدر المنفذ بإجازتهم ، وبأخذ المستغني عن إجازتهم ، وفيه القولان المذكوران عند الرد .

الضرب الثاني والثالث : أن يكونا وارثين ، أو المشتري وارثاً ، فيكون هذا البيع محابة مع الوارث ، وهي مردودة . فإن لم تفرق الصفقة ، بطل البيع في الكل ، وإن فرقناها ، فإن قلنا في الضرب الأول - والتصوير كما سبق - : إن البيع يصح في

خسة أسداس الشقص بجميع الثمن ، فهنا في مثل تلك الصورة يصح البيع في نصفه بجميع الثمن ، وإن قلنا هناك : يصح في ثلثيه بثاني الثمن ، فهنا يبطل البيع في الكل ، كذا ذكره الفقهاء وغيره ، وفيه نظر . وينبغي أن يفرق بين الإجازة والرد ، كالضرب الأول .

الضرب الرابع : أن يكون الشفيع وارثاً دون المشتري . فإن احتمل الثلث المحاباة ، أو لم يحتمل ، وصححنا البيع في بعض المحاباة في الضرب الأول ، ومكننا الشفيع من أخذه ، فهنا أوجه . أصحها عند الجمهور : يصح البيع ويأخذه الوارث بالشفعة ، لأن المحاباة مع المشتري ، لا مع الوارث . والثاني : يصح ولا يأخذه الوارث بالشفعة . والثالث : لا يصح البيع أصلاً لتناقض الأحكام . والرابع : يصح في الجميع ويأخذ الشفيع ما يقابل الثمن ، ويبقى الباقي للمشتري مجاناً . والخامس : لا يصح البيع إلا في القدر المقابل للثمن .

فصل

وقد سبق أن تقدم ملك الآخذ على ملك المأخوذ منه شرط . فلو كان في يد رجلين دار اشتريهاا بعقدين ، وادعى كل أن شراءه سبق ، وأنه يستحق على صاحبه الشفعة ، نظر ، إن ابتدأ أحدهما بالدعوى ، أو جاء معاً وتنازعا في البداءة ، فقدم أحدهما بالقرعة فادعى ، فعلى الآخر الجواب ، ولا يكفيه قوله : شرأتي قبل ، لأنه ابتداء دعوى ، بل إما أن ينفي سبق شراء المدعي ، وإما أن يقول : لا يباذني تسليم شيء إليك ، وحينئذٍ يحلف ، فإن حلف ، استقر ملكه ثم تسمع دعواه على الأول ، فإن حلف ، استقر ملكه أيضاً . وإن نكل المدعى عليه أولاً ورُدَّت اليمين على المدعي ، فإن حلف ، أخذ ما في يد المدعى عليه ، وليس المدعى عليه

الناكل بعد ذلك أن يدعي عليه ، لأنه لم يبق له ملك يأخذ به . وإن نكل المدعي عن اليمين المردودة ، سقطت دعواه ، وللمدعى عليه أن يدعي عليه . هذا إذا لم يكن بيّنة . أما إذا أقام أحدهما بيّنة بالسبق ، فيقضى له . وإن أقام كل منهما بيّنة على سبق شرائه مطلقاً ، أو على أنه اشترى يوم السبت وصاحبه يوم الأحد ، فتعارضتان ، وفي تعارضهما قولان . أظهرهما : سقوطها ، فكأنه لا بيّنة . والثاني : تستعملان . وفي كيفيته أقوال . أحدها : بالقرعة . فمن قرع ، أخذ نصيب الآخر بالشفعة . والثاني : بالقسمة ، ولا فائدة فيها هنا ، إلا أن تكون الشركة بينها على التفاوت ، فيكون التنصيف مقيداً (١) . والثالث : الوقف . وعلى هذا ، يوقف حق التملك إلى أن يظهر الحال . وقيل : لامعنى الوقف هنا . ولو عينت البيئتان وقتاً واحداً ، فلا منافاة ، لاحتمال وقوع العقدين معاً ، ولا شفعة لواحد منها ، لو وقع العقدين معاً . وفي وجهه : تسقطان [والله أعلم] .

الباب الثاني

في كيفية الأخذ بالشفعة

فيه أطراف .

الأول : فيما يحصل به الملك ، لا يشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم ، ولا إحضار الثمن ، ولا حضور المشتري ، ولا رضاه . وقال الصعلوكي : حضور المأخوذ منه ، أو وكيله ، شرط ، وهو شاذ ضعيف ، ولا بد من جهة الشفيع من لفظ ، كقوله : تملك ، أو اخترت الأخذ بالشفعة ، أو أخذته بالشفعة ، وما أشبهه . وإلا ، فهو من باب المعاطاة . ولو قال : أنا مطالب بالشفعة ، لم يحصل به التملك

(١) في نسخ الظاهرية : فيكون التنصيف مفيداً .

على الأصح ، وبه قطع المتولي . ولذلك قالوا : يعتبر في التملك بها ، أن يكون الثمن معلوماً للشفيع ، ولم يشترطوا ذلك في الطلب . وينبغي أن يكون في صحة التملك مع جهالة الثمن ما ذكرناه في بيع المراجعة . وفي « التتمة » إشارة إلى نحوه ، ثم لا يملك الشفيع بمجرد اللفظ ، بل يعتبر معه أحد أمور .

الاول : أن يسلم الموض إلى المشتري ، فيملك به قبل أن يسلمه (١) ، وإلا فيخلى بينه وبينه ، أو يرفع الأمر إلى القاضي حتى يلزمه التسليم .

قلت : أو يقبض عنه القاضي . والله أعلم

الثاني : أن يسلم المشتري الشقص ويرضى بكون الثمن في ذمته ، إلا أن يبيع شقصاً من دار عليها صفائح ذهب بالفضة ، أو عكسه ، فيجب التقابض في المجلس . ولو رضي بكون الثمن في ذمته ، ولم يسلم الشقص ، فوجهان . أحدهما : لا يحصل الملك ، لأن قول المشتري وعد . وأصحها : الحصول ، لأنه معاوضة ، والملك في المعاوضات لا يقف على القبض .

الثالث : أن يحضر مجلس القاضي ويثبت حقه بالشفعة ، ويختار التملك ، فيقضي القاضي له بالشفعة ، فوجهان . أحدهما : لا يحصل الملك حتى يقبض عوضه ، أو يرضى بتأخره . وأصحها : الحصول .

الرابع : أن يشهد عدلين على الطلب واختيار الشفعة . فإن لم تثبت الملك بحكم القاضي ، فهنا أولى ، وإلا ، فوجهان لقوة قضاء القاضي . وإذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الأول ، لم يكن له أن يتسلمه حتى يؤدي الثمن ، وأن يسلمه المشتري قبل أداء الثمن ، ولا يلزمه أن يؤخر حقه بتأخير البائع حقه . وإذا لم

(١) في نسخ الظاهرية : فيملك به إن تسلمه .

يكن الثمن حاضراً وقت التملك ، أمهل ثلاثة أيام . فان انقضت ولم يحضره ، فسخ الحاكم تملكه ، هكذا قاله ابن سريج والجمهور . وقيل : إذا قصر في الأداء ، بطل حقه . وإن لم يوجد ، رفع الأمر إلى الحاكم وفسخ منه .

فرع

يثبت خيار المجلس للشفيع على الأصح المنصوص ، وعلى هذا فيمتد إلى مفارقتها المجلس . وهل ينقطع بأن يفارقه المشتري ؟ وجهان . قلت : الذي صححه الأكثرون : أنه لا خيار للشفيع ، ممن صححه صاحب « التنبيه » ، والفارقي ، والرافعي في « المحرر » ، وقطع به البغوي في كتابه « التهذيب » وشرح « مختصر المزني » ، وهو الراجح أيضاً في الدليل . والله أعلم

فرع

إذا ملك الشفيع ، امتنع تصرف المشتري ، فلو طلبه ولم يثبت الملك بعد ، لم يمتنع ، وفيه احتمال للامام ، لتأكيد حقه بالطلب . وفي نفوذ تصرف الشفيع قبل القبض إذا كان قد سلم الثمن ، وجهان . أصحها : المنع كالمشتري . والثاني : الجواز ، لأنه قهري كالارث . ولو ملك بالاشهاد أو بقضاء القاضي ، لم ينفذ تصرفه قطعاً ، وكذا لو ملك برضى المشتري بكون الثمن عنده .

فرع

في تملك الشفيع الشقص الذي لم يره ، طريقان .

أصحها : أنه على قولي يبيع الغائب، إن منعناه ، لم يملكه قبل الرؤية ، وليس للمشتري منعه من الرؤية ، وإن صححناه ، فله التملك . ثم قيل : خيار الرؤية على الخلاف في خيار المجلس . وقيل : يثبت قطعاً ، لأن خيار المجلس يبعد ثبوته لأحد الجانبين (١) ، بخلاف خيار الرؤية .

قلت : هذا الثاني ، أصح ، وصححه الامام . والله أعلم

والطريق الثاني : القطع بالنع وإن صححنا بيع الغائب ، لأن البيع جرى بالتراضي ، فأثبتنا الخيار فيه ، وهاهنا الشفيع أخذ من غير رضى المشتري ، فلا يمكن إثبات الخيار فيه . فلو رضى المشتري أن يأخذه الشفيع ويكون بالخيار ، فعلى قول الغائب (٢) . وإذا جوزنا له التملك وأثبتنا الخيار ، فله المشتري أن يتمتع من قبض الثمن وإقباض المبيع حتى يراه ، ليكون على ثقة منه .

فرع

للشفيع الرد بالميب . ولو أفلس وكان المشتري مسلماً إليه الشقص راضياً بذمته ، فله الاسترداد .

الطوف الثاني فيما يأخذ به الشفيع . والتأخوذ أنواع .

أحدها : المبيع . فإن يبيع بمثلي ، أخذه بمثله . ثم إن قُدِّرَ بمعاد الشرع ، أخذه به ، وإن قُدِّرَ بغيره ، بأن باع بمائة رطل حنطة ، فهل يأخذه بمثله وزناً أم كيلاً ؟ فيه خلاف سبق في القرض . فلو كان المثل منقطعاً وقت الأخذ ، عدل

(١) في نسخ الظاهرية : من أحد الجانبين .

(٢) في نسخ الظاهرية : كان على قولي الغائب .

إلى القيمة كالنصب . وإن بيع بمتقوم من عبد وثوب ونحوها ، أخذه بقيمة ذلك المتقوم . والاعتبار بقيمة يوم البيع ، لأنه يوم إثبات الموض . وقال ابن سريج والبلغوي وجماعة : يعتبر يوم استقرار المقد وانقطاع الخيار .

النوع الثاني : أن يكون الشقص رأس مال سلم أخذه بمثل المسلم فيه إن كان مثلياً ، أو بقيمته إن كان متقوماً .

الثالث : إذا صالح من دين على شقص ، أخذه بمثل ذلك الدين إن كان مثلياً ، أو بقيمته إن كان متقوماً . وسواء دين المعاملة ودين الائتلاف .

الرابع : الشقص المهور ، يؤخذ بمهر مثل المرأة . وكذا إذا خالها على شقص . والاعتبار بمهر مثلها يوم النكاح ويوم الخلع . هذا هو الصحيح المعروف . وفي التهمة ، وجه : أنه يأخذه بقيمة الشقص . ولو متع المطلقة بشقص ، أخذه الشفيع بتمعة مثلها ، لا بالمهر .

الخامس : إذا أخذ من المكاتب شقصاً عوضاً عن النجوم ، أخذه الشفيع بمثل النجوم أو بقيمتها .

السادس : الشقص الذي جُعِلَ أجرة يؤخذ بأجرة مثل الدار .

السابع : إذا صالح عليه عن الدم ، أخذه الشفيع بقيمة الدية يوم الجزاية ، ويعود فيه قول ابن سريج والبلغوي .

الثامن : قال المتولي : إذا اقترض شقصاً أخذه الشفيع بقيمته وإن قلنا : المقترض يرد المثلي .

فصل

إذا كان الثمن حالاً ، بذله الشفيع في الحال . فإن كان بألف إلى سنة مثلاً ،

ففيه أقوال . أظهرها : يتخير ، إن شاء عجل الثمن وأخذ الشقص في الحال ، وإن شاء صبر إلى أن يحلّ الأجل ، فحينئذ يذلّ الألف ، وبأخذ [الشقص] ، وليس له أن يأخذ بألف مؤجل . والثاني : له الأخذ بألف مؤجل . والثالث : يأخذ بعرض يساوي الألف إلى سنة ، فعلى الأول : لا يبطل حقه بالتأخير ، لانه بعذر . وهل يجب إعلام المشتري بالطلب ؟ وجهان . أصحها : نعم . ولو مات المشتري وحلّ عليه ، لم يتعجل الأخذ على الشفيع ، بل هو على خيرته ، إن شاء عجل ، وإن شاء أخر إلى انقضاء السنة . وإن مات الشفيع ، فالخيرة لوارثه . ولو باع المشتري الشقص في المدة ، صح ، والشفيع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن الثاني ، وبين أن يفسخه في الحال ، أو عند حلول الأجل ، ويأخذه بالثمن الأول . هذا إذا قلنا بالمذهب : إن الشفيع ينقض تصرف المشتري ، وفيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى . وإن قلنا بالقول الثاني ، ففي موضعه وجهان . أحدهما : أنه إنما يأخذ بثمن مؤجل إذا كان مليئاً موثقاً به وأعطى كفيلاً مليئاً ، وإلا ، فلا يأخذ . والثاني : له الأخذ مطلقاً . وإذا أخذه ثم مات ، حلّ عليه الأجل . وإن قلنا بالثالث ، فتعين العرض إلى الشفيع ، وتعديل القيمة إلى من يعرفها . قال الامام : فلو لم يتفق طلب الشفعة حتى حلّ الأجل ، وجب أن لا يطالب على هذا القول إلا بالعرض المدلّ ، لان الاعتبار في قيمة عوض المبيع بحال البيع ، ثم على القول الثاني والثالث ، إذا أخر الشفيع ، بطل حقه .

فصل

إذا اشترى مع الشقص منقولاً ، كسيف وثوب ، صفقة واحدة ، وزعم الثمن عليها على اعتبار قيمتها ، وأخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن ، وتعتبر قيمتها يوم البيع ، ولا خيار المشتري وإن تفرقت صفقته لدخوله فيها عالماً بالحال .

فرع

إذا اشترى شقصاً من دار ، ثم نقضت ، فلها أحوال .

إحداها : أن تعيب من غير تلف شيء منها ، ولا انفصال بعضها عن بعض ، بأن ينشق جدار ، أو مالت اسطوانة ، أو انكسر جذع ، أو اضطرب سقف ، فالشفيح بالخيار بين الأخذ بكل الثمن ، وبين الترك ، كتعيبها في يد البائع .

الثانية : أن يتلف بعضها ، فينظر إن تلف شيء من العرصة بأن غشيها سيل ففرقها ، أخذ الباقي بحصته من الثمن . وإن بقيت العرصة وتلفت السقوف والجدران باحترق وغيره ، فيبنى على الخلاف [السابق] في كتاب البيع : أن سقف الدار المبيعة وجدارها كأحد المبدين المبيعين ، أم كطرف من أطراف العبد وصفة من صفاته ؟ فإن قلنا بالأصح : إنه كأحد المبدين ، أخذ العرصة بحصتها من الثمن . وإن قلنا : كطرف العبد ، أخذها بكل الثمن . وقيل : إن تلف بآفة سماوية ، أخذ بكل الثمن . وإن تلف باتلاف متلف ، أخذ بالحصّة ، لأن المشتري يحصل له بدل التالف ، فلا يتضرر .

الثالثة : أن لا يتلف شيء منها ، لكن ينفصل بعضها عن بعض بالانهدام ، فهل يأخذ الشفيح النقص . فيه قولان ، ويقال : وجهان . أظهرهما : نعم . فعلى هذا يأخذه مع العرصة بكل الثمن ، أو يتركها . وإن قلنا : لا يأخذه ، في على أن السقف والجدار كأحد المبدين ، أو كطرف العبد . إن قلنا بالأول ، أخذ العرصة وما بقي من البناء بحصتها من الثمن ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : يأخذ بالحصّة . والثاني وهو قياس الأصل المبني عليه : يأخذ بتمام الثمن كالحالة الأولى . وعلى هذا يُشبهه النقص بالثمار والزوائد التي يفوز بها المشتري قبل أخذ الشفيح .

فصل

إذا اشترى الشقص ، ثم اتفق المتبايعان على حطّ من الثمن ، أو زيادة فيه ، فذلك قد يكون بعد لزوم العقد وقبله ، وفي زمن الخيار ومساكنه . وسبق بيان ذلك كلّهُ في كتاب البيع . وحاصله : أنه لا يلحق الخط ولا الزيادة بالعقد بعد لزومه ، لاحط الكل ، ولا حط البعض . وفيما قبل لزومه ، وجهان . أحدهما : الحقوق . فإن قلنا به ، وحط كل الثمن ، فهو كما لو باع بثلاثين ، فلا شفعة للشريك ، لأنه يصير هبة على رأي ، وبطل على رأي .

فصل

إذا اشترى الشقص بمبد مثلاً ، وتقابضا ، ثم وجد البائع بالعبد عيباً ، وأراد رده . واسترداد الشقص ، وطلب الشفيع الشقص ، ففي المقدّم منها خلاف سبق قريباً . وحكى الامام طريقاً جازماً بتقديم البائع . ولو علم عيب العبد بعد أخذ الشفيع الشقص ، لم ينقض ملك الشفيع ، كما لو باع ثم اطلع على عيب . وفي قول : يسترد المشتري الشقص من الشفيع ، ويرد عليه ما أخذه ، ويسلّم الشقص إلى البائع ، لأن الشفيع نازل منزلة المشتري ، فردّ البائع يتضمن نقض ملكه ، كما يتضمن نقض ملك المشتري لو كان في ملكه ، والمشهور هو الأول فاذا قلنا به ، أخذ البائع قيمة الشقص من المشتري . فإن كانت مثل قيمة العبد ، فذاك ، وإلا ، ففي رجوع من بذل الزيادة على صاحبه وجهان . أحدهما : لا رجوع ، لأن الشفيع ملكه بالمبدول ، فلا يتغير حكمه ولو عاد الشقص إلى ملك المشتري بابتياح أو غيره ، لم يتمكن البائع من إجباره على رد الشقص ، ولا المشتري من إجبار البائع على القبول وردّ القيمة ، بخلاف ما إذا

غرم قيمة المصوب لابقه ، فرجع ، لأن ملك المصوب منه لم يزل ، وملك المشتري قد زال . وحكى المتولي فيه وجهين بناءً على أن الزائل العائد ، كالذي لم يزل ، أم كالذي لم يعد ؟ والمذهب : الأول . ولو وجد البائع العيب بالعبد ، وقد حدث عنده عيب ، فأخذ الأرض لامتناع الرد ، نظر ، إن أخذ الشفيع الشقص بقيمة العبد سليماً ، فلا رجوع عليه . وإن أخذه بقيمته معيباً ، ففي رجوع المشتري - على الشفيع الوجهان السابقان في التراجع . لكن الأصح هنا : الرجوع ، ومال ابن الصباغ إلى القطع به ، لأن الشقص استقر عليه بالعبد والأرض ، ووجوب الأرض من مقتضى العقد ، لاقتضائه السلامة . ولو رضي البائع ولم يردّه ، ففيما يجب على الشفيع وجهان . أحدهما : قيمة العبد سليماً . والثاني : قيمته معيباً . حتى لو بذل قيمة السليم ، استرد قسط السلامة من المشتري ، وبالأول قطع البغوي ، وغلط الإمام قائله .

فرع

المشتري رد الشقص بالعيب - على البائع ، وللشفيع رده على المشتري بالعيوب السابقة على البيع وعلى الأخذ ثم لو وجد المشتري العيب بعد أخذ الشفيع ، فلا رد في الحال ، ولا أرض له على المذهب . ويجيء فيه الخلاف السابق فيما إذا باعه . فلو رد عليه الشفيع بالعيب ، رده حينئذٍ على البائع . ولو وجد المشتري عيب الشقص قبل أخذ الشفيع ، ومنعه عيب حادث من الرد ، فأخذ أرض العيب القديم ، حط ذلك عن الشفيع . وإن قدر على الرد ، لكن توافقاً على الأرض ، ففي صحة هذه المصالحة وجهان سابقا . فإن صححتها ، ففي حطه عن الشفيع وجهان . أصحهما : الحط . والثاني : لا ، لأنه تبرع من البائع .

فصل

اشترى بكفٍّ من الدرهم لا يعلم وزنها ، أو صبرة حنطة لا يعلم كيلها ، فيوزن ويكال ليأخذ الشفييع بذلك القدر . فإن كان ذلك غائباً ، فتبرع البائع باحضاره، أو أخبر عنه، واعتمد قوله ، فذاك ، وإلا ، فليس للشفييع أن يكلفه الاحضار، ولا الاخبار عنه . وإن هلك الثمن وتمذر الوقوف عليه ، تمذر الأخذ بالشفعة . فإن أنكر الشفييع كون الشراء بما لا يعلم قدره ، نظر ، إن عين قدرأ وقال : اشتريت بكذا ، وقال المشتري : لم يكن قدره معلوماً ، فالأصح المنصوص الذي عليه جمهور الأصحاب: أنه يقنع منه بذلك ، ويحلف عليه . وقال ابن سريج لا يقنع منه ولا يحلف ، بل إن أصر على ذلك ، جعل فاكلاً وردت اليمين على الشفييع . وعلى هذا الخلاف ، لو قال : نسيت ، فهو كالنكول . وإن لم يعين قدرأ ، لكن ادعى على المشتري أنه يعلمه، وطالبه بالبيان ، فوجهان . أصحها : لا تسمع دعواه حتى يعين قدرأ ، فيحلف المشتري حينئذٍ [أنه لا يعرف . والثاني : تسمع، ويحلف المشتري] على ما يقوله . فإن نكل ، حلف الشفييع على علم المشتري ، وحبس المشتري حتى يبين قدره . فعلى الاول : طريق الشفييع أن يعين قدرأ ، فإن وافقه المشتري ، فذاك ، وإلا ، حلفه على نفيه ، فإن نكل ، استدل الشفييع بنكوله وحلف على ما عينه ، وإن حلف المشتري ، زاد وادعى ثانياً . وهكذا يفعل إلى أن ينكل المشتري ، فيستدل الشفييع بنكوله ويحلف . وهذا لأن اليمين قد تستند إلى التخمين ، ولهذا له أن يحلف على خطأ ييه إذا سكنت نفسه إليه .

فصل

إذا ظهر الاستحقاق في ثمن الشقص المشفوع ، فإن ظهر في ثمن البيع ، نظر ، إن كان معيناً ، بأن بطلان البيع وبطلت الشفعة ، وعلى الشفيع رد الشقص إن كان قبضه . وإن خرج بعضه مستحقاً ، بطل البيع في ذلك القدر ، وفي الباقي قولاً [تفريق] الصفقة . فإن فرقناها واختار المشتري الاجازة ، فللشافيع الأخذ . وإن اختار الفسخ وأراد الشفيع أخذه ، ففيه الخلاف فيما إذا أصدقها شقصاً ثم طلقها قبل الدخول . وإن كان الثمن في الذمة ، وخرج المدفوع مستحقاً ، لزمه إبداله ، والبيع والشفعة بحالهما ، وللبائع استرداد الشقص ليحبسه إلى أن يقبض الثمن ، وإن ظهر الاستحقاق في ثمن الشفيع ، فإن كان جاهلاً ، لم يبطل حقه وعليه الإبدال . وإن كان عالماً ، لم يبطل على الأصح ، واختاره كثير من الأصحاب ، وقطع البغوي بالبطلان . ثم قال الشيخ أبو حامد وآخرون : الوجهان فيما إذا كان الثمن معيناً ، بأن قال : تملك الشقص بهذه الدراهم . أما إذا كان غير معين ، كقوله : تملكته بعشرة دنانير ، ثم قد المستحقة ، فلا تبطل شفعتها قطعاً ، وقيل : الوجهان في الحالين .

قلت : الصحيح : الفرق بين في الحالين ^(١) . والله أعلم

ثم في حالة الجهل والعلم ، إذا قلنا : لا يبطل حقه ، هل تتبين أنه لم يملك بأداء المستحق ، ويفتقر إلى تملك جديد ؟ أم نقول : قد ملكه والثمن دين عليه ؟ فيه وجهان . قال النزالي : أصحها : الثاني ، وهو خلاف المفهوم من كلام الجمهور ، لا سيما في حالة العلم . وخروج الدنانير نحاساً ، كخروجها مستحقة . ولو خرج ثمن

(١) في نسخ الظاهرية : الصحيح : الفرق بين الحالين .

المبيع رديئاً ، فللبائع الخيار بين الرضى به والاستبدال . فان رضى ، لم يلزم المشتري .
الرضى بمثله ، بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد ، ذكره البغوي .

قلت : وفي هذا احتمال ظاهر . والله أعلم

ولو خرج ما دفعه الشفيع رديئاً ، لم تبطل شفيعته علماً كان أو جاهلاً . وقيل :
هو كخروجه مستحقاً ، والمذهب : الأول .

فصل

إذا بنى المشتري ، أو غرس ، أو زرع ، في المشفوع ، ثم علم الشفيع ، فله الأخذ
وقلع بنائه وغراسه وزرعه مجاناً ، لا بحق الشفعة ، بل لأنه شريك . وأحد الشريكين
إذا انفرد بهذه التصرفات في الأرض المشتركة ، كان للآخر أن يقطع مجاناً . وإن
بنى أو غرس المشتري في نصيبه بعد القسمة والتميز ، ثم علم الشفيع ، لم يكن له
قلعه مجاناً ، كذا نص عليه الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم . وفي المسألة إشكالان .
أحدهما : قال المزني : المقاسمة تتضمن الرضى من الشفيع ، وإذا رضى بتملك المشتري
بطلت شفيعته ، فكيف يتصور ثبوت الشفعة بعد القسمة ؟ اثنائي : أن القسمة تقطع
الشركة ، فيصيران جارين ، ولا شفعة للجار . وأجاب الأصحاب عن الاول ، فنصروا
صحة القسمة مع بقاء الشفعة في صور .

منها : أن يقال للشفيع : جرى الشراء بألف ، فيعفو ويقاسم ، أو أن الشقص
ملكه بالهبة فيقاسم ، ثم بأن الشراء كان بدون ألف ، وأن الملك حصل بالمبيع ،
فتصح القسمة وتثبت الشفعة .

ومنها : أن يقاسم الشفيع المشتري على ظن أنه وكيل للبائع باخباره ، أو بسبب آخر .

ومنها : أن يكون للشفيع وكيل بالقسمة مع شركائه ومع المشتريين منهم ، فيقسم الوكيل المشتري بغير علم الشفيع .

ومنها : أن يكون له وكيل في القسمة وفي أخذ الأشخاص بالشفعة ، فرأى في شقص الحظ في تركه ، فيتركه ، ويقاسم ، ثم يقدم الشفيع ، ويظهر له أن له الحظ في الأخذ ، وكذلك ولي اليتيم .

ومنها : أن يكون الشفيع غائباً ، فيطالب المشتري الحاكم بالقسمة ، فيجيبه وإن علم بثبوت الشفعة ، كذا قاله الأصحاب ، وتوقف الامام في إجابته إذا علم ثبوت الشفعة . وأما الثاني : فأجابوا عنه بأن الجواز إنما لا يكفي في الابتداء .

فإذا تقرر ما ذكرناه ، فإن اختار المشتري قلع البناء والفراس ، فله ذلك ، ولا يكلف تسوية الأرض ، لأنه كان متصرفاً في ملكه . فإن حدث في الأرض نقص ، فيأخذه الشفيع على صفته ، أو يترك . وإن لم يختار المشتري القلع ، فالشفيع الخيار بين إبقاء ملكه في الأرض بأجرة ، وبين تملكه بقيته يوم الأخذ ، وبين أن ينقصه وبغرم أرش النقص على الصفة المذكورة في المعير إذا رجع وقد بنى المستعير أو غرس بلا فرق . وإن كان قد زرع ، بقيت زرعته إلى أن يدرك فيحصده .

وقياس الباب : أن يجيء الخلاف المذكور هناك في زرع الأرض المستعارة . والمذهب في الموضوعين ، ببقاء الزرع . ثم قال صاحب « التقریب » : في مطالبة الشفيع للمشتري بالأجرة ، الخلاف في المعير . وقال الجمهور : لا مطالبة هنا قطعاً ، وهو المذهب ، لأنه زرع ملك نفسه ، بخلاف المستعير ، فأشبهه من باع أرضاً مزروعة ، لا مطالبة للمشتري بأجرة مدة بقاء الزرع على المذهب ، وقد سبق بيانه في كتاب البيع .

فرع

إذا زرع المشتري ، فللشفيع تأخير الشفعة إلى الادراك والحصاد . من الاسم .
ويحتمل أن لا يجوز التأخير وإن تأخرت المنفعة ، كما لو بيعت الأرض في غير وقت
الانتفاع ، لا يؤخر الأخذ إلى وقته . ولو كان في الشقص شجر عليه ثمر لا يستحق
بالشفعة ، ففي جواز تأخيره إلى القطاف وجهان ، لأن الثمر لا يمنع الانتفاع بالمأخوذ .

فصل

تصرفات المشتري في الشقص من البيع والوقف وغيرها صحيحة ، لأنها في
ملكه . وقيل : باطلة ، وهو شاذ . فعلى الصحيح : ينظر إن كان التصرف مما
لا تثبت فيه الشفعة كالوقف ، والهبة ، والاجارة ، فللشفيع نقضه وأخذ الشقص
بالشفعة . وإن كان مما تثبت فيه الشفعة كالبيع والاصداق ، فهو كالحيار بين أن
ينقضه ويأخذ الشقص بالمقد الاول ، وبين أن لا ينقض ويأخذ بالمقد الثاني . هذا
هو المذهب . وفي وجه : لا ينقض تصرفه . وفي وجه : لا ينقض ما تثبت فيه
الشفعة ، لكن يتجدد حق الشفعة بذلك . وقيل : لا يتجدد أيضاً ، لأنه تصرف
يبطال الشفعة ، فلا يثبتها . وفي وجه : لا ينقض الوقف ، وينقض ما سواه .

فصل

في الاختلاف

وفيه مسائل .

الأولى : قال المشتري : عفوت عن شفعتك ، أو قصرت ، فسمعت ، فالقول قول الشفيع .

الثانية : قال : اشترت بألف ، فقال الشفيع : بل بخمسةائة ، صدق المشتري ، لأنه أعلم بمقدره . وكذا لو كان الثمن عرضاً ، وتلف ، واختلغا في قيمته ، فإن نكل المشتري ، حلف الشفيع وأخذ بما حلف عليه . فإن كان لأحدهما بيّنة ، قضي بها . ولا تقبل شهادة البائع للمشتري على الصحيح ، لأنه يشهد بحق نفسه . وقيل : تقبل ، لأنه لا يجر لنفسه نفعاً ، والثمن ثابت له باقرار المشتري . ولو شهد للشفيع ، فهل يقبل قوله ؟ فيه أوجه . أحدها : لا ، وبه قطع العراقيون ، لأنه يشهد على فعله . والثاني : نعم ، وصححه البغوي ، لأنه ينقض حقه . والثالث : إن شهد قبل قبضه الثمن ، قبلت ، لأنه ينقض حقه ، إذ لا يأخذ أكثر مما شهد به ، وإن شهد بعده ، فلا ، لأنه يجر إلى نفسه نفعاً ، فانه إذا قلّ الثمن ، قلّ ما يفرمه عند ظهور الاستحقاق . وإن أقام كل واحد منها بيّنة ، فوجهان ، أحدهما : تقدم بيّنة المشتري ، كما أن بيّنة الداخل أولى من بيّنة الخارج . وأصحهما : أنها تتعارضان ، لأن النزاع هنا فيما وقع العقد به ، ولا دلالة لليد عليه . فعلى هذا إن قلنا : تسقطان ، فهو كما لو لم يكن بيّنة . وإن قلنا : تستعملان ، فالاستعمال هنا بالقرعة أو الوقف .

الثالثة : اختلف البائع والمشتري في قدر الثمن ، فان ثبت قول المشتري ، فذاك ، وإن ثبت قول البائع بالبيّنة أو اليمين المردودة ، لزم المشتري [ما ادعاه البائع وأخذ الشفيع بما ادعاه المشتري] . وتقبل شهادة الشفيع للبائع ، ولا تقبل للمشتري ، لأنه منهم في تفليل الثمن . وإن لم تكن بيّنة ، وتحالفا ، وفسخ عقدهما ، أو انفسخ ، فإن جرى ذلك بعدما أخذ الشفيع الشقص ، أفر في يده ، وعلى المشتري قيمة الشقص للبائع . وإن جرى قبل الأخذ ، ففي سقوط حقه الخلاف السابق في

خروجه معيياً . فان قلنا : لا يسقط ، أخذه بما حلف عليه البائع ، لأن البائع اعترف باستحقاق الشفيع الأخذ بذلك الثمن ، فيأخذه منه وتكون عهده على البائع .

الرابعة : أنكر المشتري كون الطالب شريكاً ، فالقول قول المشتري بيمينه ، فيحلف على نفي العلم بشركته ، لا على نفي شركته ، فان نكل ، حلف الطالب على البت وأخذ بالشفعة ، وكذا الحكم لو أنكر تقدّم ملك الطالب على ملكه .

الخامسة : إذا كانا شريكين في عقار ، فتاب أحدهما ، ورأينا نصيبه في يد ثالث ، فادعى الحاضر عليه أنه اشتراه ، وأنه يستحقه بالشفعة ، فان كان المدعي بينة ، قضى بها وأخذ بالشفعة . ثم إن اعترف المدعى عليه ، سلم الثمن إليه ، وإلا ، فهل يترك الثمن في يد المدعي إلى أن يقر المدعى عليه ، أم يأخذه الفاضي ويحفظه ، أم يجبر على قبوله أو الإبراء منه ؟ فيه ثلاثة أوجه مذكورة في باب الاقرار وغيره . ولو أقام المدعي بينة ، وجاء المدعى عليه ببينة أنه ورثه أو اتهمه ، تعارضتا . وإن جاء ببينة أن الغائب أودعه إياه ، أو أعاره ، فان لم يكن للبنتين تاريخ ، أو سبق تاريخ الابداع ، فلا منافاة فيقضى بالشفعة ، لأنه ربما أودعه ثم باعه ، وإن سبق تاريخ البيع ، فلا منافاة أيضاً ، لاحتمال أن البائع غصبه بعد البيع ثم رده إليه بلفظ الابداع ، فاعتمده الشهود . فان انقطع الاحتمال بأن كان تاريخ الابداع متأخراً ، وقال الشهود : أودعه وهي ملكه ، فهاهنا يراجع الشريك القديم . فان قال : ودعة ، سقط حكم الشراء . وإن قال : لا حق لي فيه ، قضى بالشفعة .

أما إذا لم يكن لمدعي بينة ، فادعى عليه في الجواب أحوال .

أحدها : أن يقر بأنه كان لذلك الغائب فاشتراه منه ، فهل لمدعي أخذه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، إذ لا يقبل قوله عن الغائب ، فيوقف الأمر حتى يكتب ، هل هو مقر بالبيع ؟ وأصحهما : نعم . تصدق على البيع ، ويكتب القاضي في

السجل أنه أثبت الشفعة بتصادقها ، فإذا قدم الغائب ، فهو على حقه . الثاني : أن ينكر أصل الشراء ، فيصدق بيمينه . ثم إن اقتصر في الجواب على أنه لا يستحق أخذه بالشفعة ، أو أنه لا يلزمه التسليم إليه ، حلف كذلك ، ولم يلزمه التعرض لنفي الشراء . وإن قال في الجواب : لم اشتريه ، بل ورثته ، أو اتهمته ، فيحلف لذلك ، أم يكفي الحلف على أنه لا يستحق الشفعة ؟ وجهان سابقا في دعوى عيب المبيع . وإن نكل المدعى عليه ، حلف الطالب واستحق الشقص . وفي الثمن الأوجه السابقة . هذا إذا أنكر الشراء والشريك القديم غير معترف بالمبيع ، فإن كان معترفاً والشقص في يده ، نظر ، إن لم يعترف بقبض الثمن ، ثبتت الشفعة على الأصح . وإلى من يسلم الثمن ؟ وجهان . أصحابها : إلى البائع ، وعهده عليه ، لأنه يتلقى الملك منه . والثاني : ينصب القاضي أميناً بقبض الثمن منه المشتري ويدفعه إلى البائع ، ويقبض الشقص من يد البائع للمشتري ويدفعه إلى الشفيع . وإذا أخذ البائع ثمن الشقص ، فهل له مخاصمة المشتري ومطالبته بالثمن ؟ وجهان ، لأنه قد يكون ماله أبعد عن الشبهة ، والرجوع عليه بالدرك أسهل . فإن قلنا : نعم ، وحلف المشتري ، فلا شيء عليه . وإن نكل ، حلف البائع ، وأخذ الثمن من المشتري ، وكانت عهده عليه . وأما ما أخذه من الشفيع ، فهل يؤخذ منه ويوقف ، أم يترك في يده ؟ وجهان . كذا قال البغوي ، وفي الثمن ، أن الوجهين في أنه هل يطالب المشتري فيما إذا لم يرش أخذ الثمن من الشفيع ؟ فإن رضي ، فليقتع به ، وهذا أصح . فإن اعترف مع البائع بقبض الثمن ، من قبله : لا شفعة إذا لم يعترف بقبض ، فهذا أولى ، وإلا ، فوجهان . وأصحهم : أبو عبد الله . ثم هل يترك الثمن في يد الشفيع ، أم يأخذه القاضي ويحفظه . أم يحبس المشتري حتى قبوله والإبراء منه . فيه لأوجه السابقة .

الحال الثالث : أن يقول : اشتريته للثمن ولا حصة له من ماله . فلهي و

المضاف إليه ، أحاضر ، أم غائب ، أم صبي ؟ وحكمه ما يأتي في سائر الدعاوى إن شاء الله تعالى .

الطرف الثالث : في تراحم الشفعاء ، وهو ثلاثة أضرب .

أحدها : أن يتفق الشركاء على الطلب . وتقدم عليه أن تعدد المستحقين قد يكون ابتداءً ، بأن كانت الدار [بين] جماعة ، فباع أحدهم نصيبه ، وثبتت الشفعة للباقيين ، وقد يكون دواماً ، بأن يموت المستحق ويترك ورثة ، فلهم الشفعة . فإن تساوت حصص المستحقين ، تساوا في الشقص . وإن تفاوتت كنصف وثلاث وسدس ، فباع صاحب النصف ، فقولان ، أظهرهما : [أن] الشفعة على قدر الحصة ، فيقسم النصف بينها أثلاثاً . والثاني : على عدد الرؤوس ، فيقسم نصفين .

فرع

مات مالك الدار عن ابنين [ثم مات أحدهما عن ابنين] ثم باع أحد الابنين نصيبه ، فهل يشترك الأخ والمم في الشفعة ، أم يختص بها الأخ ؟ قولان . أظهرهما : الأول . فعلى هذا ، هل يوزع بينها بالسوية ، أم بالحصة ؟ فيه القولان . وقال الامام : مقتضى المذهب : القطع بالحصة . وإذا قلنا : يختص الأخ فمعا ، ففي ثبوتها للمم وجهان . أحدهما : لا ، لأنه لو كان مستحقاً ، لا تقدم عليه غيره . والثاني : نعم ، لأنه شريك ، وإنما تقدم الأخ ، لزيادة قربه ، كما أن المرتن يقدم في الرهون على الغرماء . فلو سقط حقه ، تمسك به الباقيون .

قلت : ينبغي أن يكون هذا الثاني أصح . والله أعلم

ويجري القولان في مسألة الأخ والمم في كل صورة ، ملك شريكاً بسبب واحد ،

وغيرها من الشركاء بسبب آخر ، فبإع أحد المالكين بالسبب الواحد ، ففي قول :
الشفعة لصاحبه خاصة ، وعلى الأظهر : للجميع . مثاله : بينها دار ، فباع أحدها نصيبه
لرجلين ، أو وهبه ، ثم باع أحدهما نصيبه .

ولو مات مَنْ له دار عن بنتين وأختين ، فباع إحدى البنتين نصيبها ، فطريقان .
أحدهما : على القولين . ففي قول : تختص بالشفعة البنت الأخرى ، وعلى الأظهر :
يشارك كلهن .

والطريق الثاني وهو المذهب : القطع بالاشتراك .

فرع

مات الشفيع عن ابن وزوجة ورثا حق الشفعة ، ففي كيفية إرثها طرق . أصحابها :
بأخذان على قدر الميراث قطعاً . والثاني : القطع بالتسوية بينها . والثالث : على القولين .

فرع

دار بين اثنين نصفين ، باع أحدهما نصف نصيبه لزيد ، ثم باع النصف الآخر
لعمرو ، فالشفعة في النصف الأول تختص بالشريك الأول . ثم قد يعفو عنه ، وقد
يأخذه . وفي النصف الثاني أوجه . أحدها : يختص به الأول . والثاني : يشترك فيه
الأول والمشتري الأول . وأصحابها : إن عفا الشريك الأول عن النصف الأول ،
اشتركا ، وإلا ، فيختص به الشريك الأول .

الضرب الثاني : أن يطلب بعض الشركاء ويعفو بعضهم . ونقدم عليه ما إذا
كانت الشفعة لواحد فمما عن بعضها ، وفيه أوجه . أصحابها : يسقط جميعها كالقصاص .
والثاني : لا يسقط شيء كعفوه عن بعض حد القذف . والثالث : يسقط ما عفا عنه

ويبقى الباقي ، قال الصيدلاني : وموضع هذا الوجه ، ما إذا رضي المشتري بتبعض الصفقة ، فإن أبي وقال : خذ الكل أو دَعَّه ، فله ذلك . قال الامام : وهذه الواجهة ، إذا لم نَحْكَمْ بأن الشفعة على الفور . فإن حَكَمْنَا به ، فطريقان . منهم من قطع بأن العفو عن البعض تأخير لطلب الباقي ، ومنهم من احتمل ذلك إذا بادر إلى طلب الباقي ، وطرده الواجهة . ويؤيد الاول أن صاحب « الشامل » قال : استحق شقصاً ، فجاء وقال : آخذ نصفه ، سقطت شفته في الكل ، لانه ترك طلب النصف . إذا تقرر هذا ، فاستحق اثنان شفعة ، فعفا أحدهما عن حقه ، فأوجه . أصحابها : يسقط حق العافي ، ويثبت الجميع الآخر . فإن شاء أخذ الجميع ، وإن شاء تركه ، وليس له الاقتصار على قدر حصته ، لئلا يتبعض الصفقة على المشتري . والثاني : يسقط حقه جميعاً ؛ قاله ابن سريج ، كالقصاص . والثالث : لا يسقط حق واحد منهما ، تغليباً للثبوت كما سبق في الصورة الاولى . والرابع : يسقط حق العافي ، وليس لصاحبه أن يأخذ إلا قسطه ، وليس للمشتري أن يلزمه أخذ الجميع . هذا إذا ثبتت الشفعة لعدد ابتداءً . فلو ثبتت لواحد فمات عن ابنين ، فعفا أحدهما ، فهل هو كما لو ثبتت لواحد فعفا عن بعضها ، أم كثبتتها لابنين عفا أحدهما ؟ وجهان . أصحابها : الثاني . ولو كان للشقص شفيهان ، فمات كلٌّ عن ابنين ، فعفا أحدهما عن حقه ، فحاصل المنقول تفريعاً على ما تقدم أوجه . أحدها : يسقط الكل . والثاني : يبقى الكل للأربعة . والثالث : يسقط حق العافي وأخيه ، وبأخذ الآخرين . والرابع : ينتقل حق العافي إلى الثلاثة ، فيأخذون الشقص أثلاثاً . والخامس : يستقر حق العافي للمشتري ، وبأخذ ثلاثة أرباع الشقص . والسادس : ينتقل حق العافي إلى أخيه فقط .

قلت : أصحابها : الرابع . والله أعلم

فرع

مات الشفيع عن ابنين ، فادعى المشتري عفوها ، فالقول قولها مع يمينها على البت . فلو ادعى عفو أبيها ، حلفا على نفي العلم . فان حلفا ، أخذا . وإن نكلا ، حلف المشتري ، وبطل حقها . وإن حلف أحدهما فقط ، فان قلنا بالأصح : إنه إذا عفا أحدهما أخذ الآخر الجميع ، فلا يحلف المشتري ، إذ لا فائدة فيه ، وبه قال ابن الحداد . وإن قلنا : حق الماني يستقر للمشتري ، حلف المشتري ليستقر له نصيب الناكل . ثم الوارث الخالف ، لا يستحق الجميع بنكول أخيه ، ولكن إن صدق أخاه على أنه لم يصف ، فالشفعة بينهما . وإن ادعى عليه العفو ، وأنكر الناكل ، عرضت عليه اليمين لدعوى أخيه ، ولا ينعمه من الحلف نكوله في جواب المشتري . فان حلف ، فالشفعة بينهما . وإن نكل أيضاً ، حلف المدعي أنه عفا ، وحينئذ يأخذ الجميع .

الضرب الثالث : أن يحضر بعض الشركاء دون بعض . فإذا كانت الدار لأربعة بالسوية ، فباع أحدهم نصيبه ، وثبتت الشفعة للباقيين ، فلم يحضر إلا واحد ، فليس له أخذ حصته فقط ، ولا يكلف الصبر إلى حضورهما ، بل إن شاء أخذ الجميع أو تركه . وهل له تأخير الأخذ إلى حضورهما ؟ إذا قلنا : الشفعة على الفور ، وجهاً . أصحابها : نعم ، للمذر ، وإذا أخذ الجميع ، ثم حضر أحد الغائبين ، أخذ منه النصف بنصف الثمن ، كما لو لم يكن إلا شفيعان . فإذا حضر الثالث ، فله أن يأخذ من كل واحد ثلث ما في يده ، ثم يترتب على ما ذكرنا فروع .

أحدها : خرج الشقص مستحقاً بعد الترتيب المذكور ، ففي العهدة وجهاً . أحدهما : عهدة الثلاثة على المشتري لاستحقاقهم الشفعة عليه . والثاني : أن رجوع الأول على المشتري ، فيسترد منه كل الثمن ، ورجوع الثاني على الأول ، فيسترد

منه النصف ، ورجوع الثالث على الاول والثاني، يسترد من كلٍ ما دفع إليه ، وهذا أصح ، ورجح المراقبون ، الاول. وقال المتولي : هذا الخلاف في الرجوع بالمعروم من أجرة ، ونقص قيمة الشقص . فأما انتمن ، فكل فيسترد ما سلّمه ممن سلّمه إليه بلا خلاف .

الثاني : أخذ الحاضر جميع الشقص، فوجده معيياً فرده ، فحضر الثاني وهو في يد المشتري ، فله أخذ الجميع .

الثالث : ما يستوفيه الاول من المنافع ، ويحصل له من الاجرة والثمرة ، يسلم له ، فلا يزاحمه فيه الثاني والثالث على الأصح ، وكذا الثالث لا يزاحم الثاني فيما يحصل له بعد المناصفة ، كما أن الشفيع لا يزاحم المشتري فيها .

الرابع : أخذ الاول كل الشقص وأفرزه ، بأن أتى الحاكم فنصب قيماً في مال الغائبين ، فاقسما ، وبني فيه ، أو غرس ثم رجع الغائبان ، هل لهما القلع ؟ وجهان . أصحها : لا ، كما أن الشفيع لا يقطع بناء المشتري وغراسه مجاناً. والثاني : نعم ، لأنها يستحقان كاستحقاق الاول ، فليس له التصرف حتى يظهر حالهما ، بخلاف الشفيع مع المشتري .

الخامس : إذا حضر اثنان فأخذوا الشقص ، واقتسما مع القيم في مال الغائب ، ثم قدّم [الغائب] ، فله الأخذ وإبطال القسمة ، فإن عفا ، استمرت القسمة .

السادس : أخذ اثنان ، فحضر الثالث ، وأراد أخذ ثلث ما في يد أحدهما ولا يأخذ من الثاني [شيئاً] ، فله ذلك ، كما للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين دون الآخر .

السابع : أخذ الأول الجميع ، فحضر الثاني وأراد أخذ الثلث فقط ، فله ذلك على الأصح ، لأنه لا يفرق الحق على الأول . فان أخذ الثلث على هذا الوجه ، أو بالتراضي ، ثم حضر الثالث ، نظر ، إن أخذ من الاول نصف ما في يده ، ولم يتعرض

لثاني ، فلا كلام ، وإن أراد أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده ، فله ذلك ، لأن حقه ثابت في كل جزء ، ثم له أن يقول للأول : ضم ما معك إلى [ما] أخذته لنقصه نصفين لأننا متساويان . وإنما تصح قسمة الشقص في هذه الحالة من ثمانية عشر ، لأننا نحتاج إلى عدد اثنائه ثلث وهو تسعة ، مع اثني منها ثلاثة ، ومع الأول ستة ، فينتزع الثلث من الثاني واحداً يضمه إلى الستة [التي] مع الأول ، فلا ينقسم بينهما ، فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر ، لثاني منها اثنان في اثنين بأربعة ، تبقى أربعة عشر للأول والثالث نصفين ، وهذا المنقسم من ثمانية عشر ، ربع الدار ، فتقسم جملتها من اثنين وسبعين . هذا ما ذكره الأكثرون ونقلوه عن ابن سريج . وقال القاضي حسين : لما ترك الثاني سدساً للأول ، صار عافياً عن بعض حقه ، فيبطل جميع حقه على الأصح كما سبق ، فينبغي أن يسقط حق الثاني كله ، ويكون الشقص بين الأول والثالث .

قلت : الأصح قول الأكثرين ، ولا يُسلم أنه أسقط بعض حقه . والله أعلم

الثامن : قال ابن الصباغ : لو حضر اثنان وأخذوا الشقص ، ثم حضر الثالث وأحدهما غائب ، فإن قضى له القاضي على الغائب ، أخذ من كلٍّ ثلث ما في يده ، وإلا ، فهل يأخذ ثلث ما في يد الحاضر ، أم نصفه ؟ وجهان . ثم إن حضر الغائب وغاب الحاضر ، فإن كان الثالث أخذ من الحاضر ثلث ما معه ، أخذ من القادم ثلث ما في يده أيضاً . وإن كان أخذ نصفه ، أخذ من القادم سدس ما في يده ويتم بذلك نصيبه ، وينقسم هذا الشقص من اثني عشر ، وجلة الدار من ثمانية وأربعين .

التاسع : ثبتت الشفعة لحاضر وغائب ، فعفا الحاضر ، ثم مات الغائب ، فورثه الحاضر ، فله أخذ الشقص كله بالشفعة تفريراً على الأصح : أنه إذا عفا أحد الشريكين ، أخذ الآخر الجميع . وإن قلنا : عفو أحدهما يسقط حق الآخر ،

لم يأخذ شيئاً . وإن قلنا : يستقر نصيب العاني للمشتري ، لم يأخذ الحاضر بحق الارث إلا النصف .

فصل

ليس للشفيع تفريق الصفقة على المشتري . ولو اشترى اثنان شقصاً من رجل ، فالشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما فقط ، إذ لا تفريق عليه . ولو باع اثنان من مائة الدار شقصاً لواحد ، جاز أن يأخذ حصة أحد البائعين على الأصح . ولو باع اثنان نصيبهما لاثنتين بعقد واحد ، فهو كأربعة عقود ، تقريباً على الأظهر أن تعدد البائع كتعدد المشتري ، فالشفيع الخيار ، فإن شاء أخذ الجميع أو ثلاثة أرباعه وهو نصيب أحد المشتريين ونصف نصيب الآخر ، أو يأخذ نصف الجملة بأخذ نصيب أحدهما ، أو نصف نصيب كل واحد ، أو يأخذ ربع الجملة وهو نصف نصيب أحدهما . ولو وكلت وكيلاً في بيع شقص أو شرائه ، أو وكل وكيلين في بيع شقص أو شرائه ، فالاعتبار بالعقد ، أم عين له المقدر فيه خلاف سبق في تفريق الصفقة . فلو كانت الدار لثلاثة ، فوكل أحدهم ببيع نصيبه ، وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة ، فباع كذلك ، فليس لثالث إذا قلنا : الاعتبار بالعقد ، إلا أخذ الجميع ، أو ترك الجميع . وإن قلنا : الاعتبار بالعقد له ، فله أن يأخذ حصة أحدهما فقط . ولو كانت الدار لرجلين ، فوكل أحدهما الآخر ببيع نصف نصيبه ، وجوز له أن يبيعه مع نصيب نفسه إن شاء صفقة واحدة ، فباع كذلك ، وأراد الموكل أخذ نصيب الوكيل بالشفعة بحق النصف الباقي له ، فله ذلك ، لأن الصفقة اشتملت على مالا شفعة للموكل فيه وهو ملكه ، وعلى ما فيه شفعة وهو ملك الوكيل ، فأشبهه من باع شقصاً وثوباً بمائة . وفي وجه ضعيف : أنها كالصورة السابقة . ولو باع شقصين

من دارين صفقة واحدة ، فان كان الشفييع في أحدهما غير الشفييع في الأخرى ، فلكل أن يأخذ ما هو شريك فيه ، وافقه الآخر في الأخذ ، أم لا . وإن كان شفييعها واحداً ، جاز أيضاً على الأصح .

الباب الثالث

فيما يسقط به حق الشفييع

الأظهر المنصوص في الكتب الجديدة : أن الشفعة على الفور . والثاني : تمتد ثلاثة أيام . والثالث : تمتد مدة تتسع لتأمل المصلحة في الأخذ . والرابع : تمتد إلى التصريح بأسقاطها . والخامس : إلى التصريح أو مايدل عليه ، كقوله : بع لمن شئت ، أو دبه ، وكذا قوله : بعني ، أو هبه لي ، أو قاسمني . وقيل : لا تبطل بهذا ، وللمشتري إذا لم يأخذ الشفييع ولم يعفو أن يرفعه إلى الحاكم ليأمره الأخذ أو العفو . وفي قول : ليس له ذلك ، تنزيلاً للشفييع منزلة مستحق القصاص ، والتفريع على قول الفور . [وإنما نحكم بالفور] بعد علم الشفييع بالبيع ^(١) . فلو لم يعلم حتى مضى سنون ، فهو على شفيعته ، ثم إذا علم ، لا يكلف المبادرة ، على خلاف العادة بالعدو ونحوه ، بل يرجع فيه إلى العرف ، فماعدت تقصيراً وتوانياً في الطلب ، يسقط الشفعة ، ومالا يمدد تقصيراً لعذر ، لا يسقطها . والعذر ضربان .

أحدهما : ما لا ينتظر زواله عن قرب كالمرض ، فينبغي للمريض أن يוכל إن قدر . فان لم يفعل ، بطلت شفيعته على الأصح ، لتقصيره . والثاني : لا . والثالث إن لم يلحقه في التوكيل منة ولا مؤنة ثقيلة ، بطلت ، وإلا ، فلا . فان لم يمكنه ، فليشهد على الطالب . فان لم يشهد ، بطلت على الأظهر أو الأصح . والخوف من العدو ، كالمرض ،

(١) في نسخة الظاهرية : بعد علم المشتري بالبيع .

وكذا الحبس إذا كان ظلماً أو بدّين هو معسر به عاجز عن بينة الاعسار . وإن حبس بحق ، بأن كان مليئاً ، فقير ممذور ، ومثله الغيبة . فإذا كان الشفييع في بلد آخر ، فعليه أن يخرج طالباً عند بلوغ الخبر ، أو يبعث وكيلاً ، إلا أن يكون الطريق مخوفاً ، فيجوز التأخير إلى أن يجد رفقة معتمدين يصحبهم هو أو وكيله ويؤزل الحرّ والبرد المفرطان . وإذا أخّر لذلك ، أو لم يمكنه السير بنفسه ، ولا [وجد] وكيلاً ، فليشهد على الطلب . فإن لم يشهد ، ففي بطلان حقه الخلاف السابق ، وأجري ذلك في وجوب الاشهاد إذا سار طالباً في الحال . والأظهر هنا: أنه لا يجب ، ولا تبطل شفيعته بتركه ، كما لو أرسل وكيلاً ولم يشهد ، فانه يكفي . وليطرد فيما إذا كان حاضراً في البلد فخرج إليه أو إلى مجلس الحكم كما سبق في الرد بالميب .

الضرب الثاني : ما ينتظر زواله عن قرب ، بأن كان مشغولاً بصلاة ، أو طعام ، أو قضاء حاجة ، أو في حمام ، فله الاتمام ، ولا يكلف قطعها ، على خلاف المادة على الصحيح . وقيل : يكلف قطعها حتى الصلاة إذا كانت نافلة . وعلى الصحيح: لو دخل وقت الأكل أو الصلاة أو قضاء الحاجة ، جاز له أن يقدمها ، فإذا فرغ طلب الشفعة ، ولا يلزمه تخفيف الصلاة والاعتصار على ما يجزى .

فرع

لو رفع الشفييع الأمر إلى القاضي ، وترك مطالبة المشتري مع حضوره ، جاز ، وقد ذكرناه في الرد بالميب . ولو أشهد على الطلب ، ولم يراجع المشتري ولا القاضي ، لم يكف . وإن كان المشتري غائباً ، فالقياس : أن يرفع الأمر إلى القاضي ويأخذ كما ذكرنا هناك . وإذا ألزماه الاشهاد فلم يقدر عليه ، فهل يؤمر أن يقول :

تملكتُ الشقص ؟ وجهان سبق نظيرهما هناك . ولو تلاقيا في غير بلد الشقص ،
فأختر الشفيع الأخذ إلى العود إليه ، بطل حقه ، لاستغناء الآخذ عن الحضور
عند الشقص .

فصل

إذا أخرج الطلب ثم قال : أخرت لأنني لم أصدق المخبر ، فإن أخبره عدلان،
أو عدل وامرأتان ، بطل حقه ، وإن أخبره من لا يقبل خبره ، ككافر ، وفاسق،
وصبي ، لم يبطل . وإن أخبره ثقة ، حر أو عبد ، بطل حقه على الأصح . والمرأة
كالعبد على المذهب . وقيل : كالفاسق . وعلى هذا ، في النسوة وجهان بناءً على
أن المدعي هل يقضى له بيمينه مع امرأتين ؟ إن قلنا : لا ، فهو كالمرأة ، وإلا ،
فكالعدل الواحد ، هذا كله إذا لم يبلغ عدد المخبرين حداً لا يمكن التواطؤ على
الكذب . فإن بلغه ، بطل حقه [و] إن كانوا فساقاً .

فرع

لو كذبه المخبر فزاد في قدر الثمن ، بأن قال : باع الشريك الشقص بألف ، فعفا
أو توانى ، ثم بان بخمسمائة ، لم يبطل حقه . ولو كذب بالنقص ، فقال : باع بألف
فعفا ، فبان بألفين ، بطل حقه . ولو كذب في تعيين المشتري ، فقال : باع زبداء ،
فعفا ، فبان عمرأ ، أو قال المشتري : اشتريت لنفسى ، فبان وكيلأ ، أو كذب في
جنس الثمن ، فقال : باع بدراهم ، فبان دنانير ، وفي نوعه ، فقال : باع بنيسابورية ،
فبان بدهرورية ، أو في قدر المبيع ، فقال : باع كل نصيبه ، فبان بمضه ، أو بالعكس ،

أو باع حالاً ، فبان مؤجلاً ، أو إلى شهر ، فبان إلى شهرين ، أو باع رجلين ، فبان رجلاً ، أو عكسه ، لم يطل حقه ، لاختلاف الغرض بذلك . وشذ الإمام عن الأصحاب فقال : إذا أخبر بالدرهم أو الدينير ، فمعا ، فبان عكسه ولم يتفاوت القدر عند التقويم ، بطل حقه . ولو قيل : باع بكذا مؤجلاً فمعا ، فباع حالاً ، أو باع كله بألف ، [فبان بمضه بألف] ، بطل حقه قطعاً .

فرع

لقي المشتري فقال : السلام عليكم ، أو سلام عليك ، أو سلام عليكم ، لم تبطل شفيعته ، لأنه سُنَّة . قال الإمام : ومن غلا في اشتراط قطع ما هو مشغول به من الطعام وقضاء الحاجة ، لا يبعد أن يشترط فيه ترك الابتداء بالسلام . ولو قال عند لقائه : بكم اشتريت ؟ فوجهان ، قطع المراقبون بالبطان ، وقالوا : حقه أن يظهر الطلب ثم يبحث . والأصح : المنع ، لافتقاره إلى تحقيق ما يأخذه به . ولو قال : بارك الله لك في صفقتك ، لم تبطل على الأصح ، وبه قطع الجمهور . ولو قال : اشتريت رخيصاً وما أشبهه ، بطلت شفيعته ، لأنه فضول .

فرع

آخر الطلب ثم اعتذر بمرض أو حبس أو غيبة ، وأنكر المشتري ، فاقول قول الشفيع إن علم به العارض الذي ادّعاه ، وإلا ، فلصدّق المشتري . ولو قل : ما أقيم ثبوت حق الشفيع ، أو كونها على الفور ، فهو كما سبق في الرد بالعيب .

فصل

إذا باع الشفيع نصيبه ، أو وهبه عالماً بثبوت شفيعته ، بطلت ، سواء قلنا : شفعة على الفور أو التراخي ، لزوال ضرر المشاركة . ولو باع بعضه ، بطلت على الأظهر . وإن باع نصيبه جاهلاً بالشفعة ، بطلت على الأصح ، لزوال الضرر . ولو باع بعضه جاهلاً ، أطلق البغوي : أنها لا تبطل . والوجه : أن يكون على القوانين إن قلنا : إن يبيع الجميع جاهلاً يبطلها .

قلت : الأصح هنا على الجملة : أنها لا تبطل لعدوم مع بقاء الحاجة للمشاركة .

والله أعلم

فصل

إذا صالح من حق الشفعة على مال ، فهو على ما ذكرناه في الصلح عن الرد بالعيب . واختار أبو إسحاق الروزي صحته . ولو تصالحا على أخذ بعض الشقص ، فهل يصح لرضى المشتري بالتبويض ، أم تبطل شفيعته ، أم يبطل الصلح ويبقى خياره بين أخذ الجميع وتركه ؟ فيه ثلاثة أقوال .

فصل

في مسائل منثورة

إحداها : لمسلس الدعوى عن الشفعة ، والأخذ ، ولا اعتراض عليه لأمره ، وينبغي أن يعود في أخذه الخلاف السابق في شرائه في الذمة . ثم الكلام في أنه من أين يؤدي الثمن ، ذكرناه في التماس .

الثانية : وهب شقصاً لعبده وقلنا : يملك ، فباع شريكه ، ثبت للعبد الشفعة ، قاله أبو محمد . وفي افتقاره إلى إذن السيد ، وجهان .

الثالثة : لعامل القراض الاخذ بالشفعة . فان لم يأخذ ، فللمالك الاخذ . ولو اشترى بمال القراض شقصاً من شريك رب المال ، فلا شفعة له على الاصح . وإن كان العامل شريكاً فيه ، فله الاخذ إن لم يكن في المال ربح ، أو كان وقلنا : لا يملك بالظهور . فان قلنا : يملك به ، فعلى الوجهين في المالك .

الرابعة : إذا كان الشقص في يد البائع ، فقال الشفيع : لا أقبضه إلا من المشتري ، فوجهان . أحدهما : له ذلك ، ويكلف الحاكم المشتري أن يتسلمه ويسلمه إلى الشفيع . فان كان غائباً نصب الحاكم من ينوب عنه في الطرفين . والثاني : لا يسكلف ذلك ، بل يأخذه الشفيع من البائع . وسواء أخذه من المشتري أو البائع ، فمهمة الشفيع على المشتري ، لأن الملك انتقل إليه منه .

قلت : الاول أصح ، وبه قطع صاحب « التنبيه » وآخرون ، هكذا ذكر الوجهين صاحب « الشامل » وآخرون ، وذكر القاضي أبو الطيب ، وصاحب « المهذب » وآخرون في جواز أخذ الشفيع من البائع وجهين ، وقطع صاحب « التنبيه » بالمنع . وصححت التولي الجواز ، ذكره في باب حكم البيع قبل القبض .

والله أعلم

الخامسة : اشترى شقصاً بشرط البراءة من العيوب ، فان أبطلنا البيع ، فذاك ، وإن صححنه وأبطلنا الشرط ، فكالشراء مطلقاً . وإن صححننا الشرط ، فالشفيع رده بالعيب على المشتري ، وليس للمشتري الرد .

السادسة : لو علم الشفيع العيب ولم يعمله المشتري ، فلا رد للشفيع ، وليس

للمشتري طلب الارش، لأنه استدرك الظلامة، أو لأنه لم يأس من الرد . فلورجع إليه ببيع وغيره ، لم يردَّ على العلة الاولى، ويرد على الثانية.

السابعة : قال أحد الشريكين للآخر : بيع نصيبك فقد عفوتُ عن الشفعة، فباع ، ثبتت الشفعة ، ولغا العفو .

قلت : وكذا لو قال للمشتري : اشتر فلا أطالبك بشفعة ، لغا عفوه .

والله أعلم

الثامنة : باع شقصاً ، فضمن الشفيع المدة للمشتري ، لم تسقط شفעתه . وكذا إذا شرطنا الخيار للشفيع ، وصححنا شرطه للأجنبي .

التاسعة : أربعة بينهم دار ، فباع أحدهم نصيبه واستحق الشركاء الشفعة ، فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو ، قبلت شهادتهما إن شهدا بعد عفوها ، وإن شهدا قبله ، لم تقبل . فلو عفوا ثم أعادا تلك الشهادة ، لم تقبل أيضاً للثمة . وإن شهدا بعد عفو أحدهما ، قبلت شهادة العافي دون الآخر ، فيحلف المشتري مع العافي ، ويثبت العفو . ولو شهد البائع على عفو الشفيع قبل قبض الثمن ، لم تقبل ، لأنه قد يقصد الرجوع بتقدير الافلاس . وإن كان بعد القبض ، فوجهان ، لأنه ربما توفّع المود بسبب ما .

العاشرة : أقام المشتري بينة بعفو الشفيع ، وأقام الشفيع بينة بأخذه بالشفعة والشقص في يده ، فهل بينة الشفيع أولى لقوتها باليد ، أم بينة المشتري لزيادة علمها بالعفو ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

الحادية عشرة : شهد السيد بشراء شقص فيه شفعة لمكاتبه ، قال الشيخ أبو محمد:

تقبل شهادته . قال الامام : كأنه أراد أن يشهد للمشتري إذا ادعى الشراء ، ثم ثبتت الشفعة تبعاً . فأما شهادته للمكاتب ، فلا تقبل بحال .

الثانية عشرة : الشفيع صبي ، فعلى وليه الأخذ إن كان فيه مصلحة ، وإلا ، فيحرم الأخذ . وإذا ترك بالمصلحة ، ثم بلغ ، فهل له الأخذ ؟ فيه خلاف سبق في الحجر .

الثالثة عشرة : بينها دار ، فمات أحدهما عن حمل ، فباع الآخر نصيبه ، فلا شفعة للحمل ، لأنه لا يتيقن وجوده . فإن كان له وارث غير الحمل ، فله الشفعة . وإذا انفصل حياً ، فليس لوليه أن يأخذ شيئاً من الوارث . ولو ورث الحمل شفعة عن مورثه ، فهل لأبيه أو لجدّه الأخذ قبل انفصاله ؟ وجهان ، وبالنسبة قال ابن سريج ، لأنه لا يتيقن .

الرابعة عشرة : إذا أخذ الشفيع الشقص ، وبنى فيه ، أو غرس ، فخرج مستحقاً ، وقلع المستحق بناءه وغراسه ، فالقول فيما يرجع به الشفيع على المشتري من الثمن وما نقص من قيمة البناء والغراس وغير ذلك ، كالقول في رجوع المشتري من الغاصب عليه .

الخامسة عشرة : مات وله شقص من دار ، وعليه دين مستغرق ، فباع الشريك حصته قبل بيع الشقص في الدين ، قال ابن الحداد : الورثة أخذه بالشفعة ، وهذا تفريع على الصحيح : أن الدين لا يمنع انتقال الملك في التركة إلى الورثة . وإن قلنا : يمنع ، فلا شفعة لهم . ولو خلف داراً كاملة وعليه دين لا يستغرقها ، فيبيع بعضها في الدين ، قال ابن الحداد : لا شفعة للورثة فيما يبيع بما بقي لهم من الملك ، وهذا مستمر على الصحيح ، فإنهم إذا ملكوا الدار ، كان المبيع جزءاً من ملكهم . ومن يبيع من ملكه جزءاً بحق ، لم يكن له استرجاعه بالباقي . وإن قلنا : يمنع ، فهل يمنع في قدر الدين ، أم في الجميع ؟ فيه خلاف مذكور في موضعه . وإن

قلنا بالثاني ، فلا شفعة لهم أيضاً ، وإلا ، فلهم . ولو كانت الدار مشتركة بين الميت وورثته ، فبيع نصيبه أو بعضه في دينه ووصيته ، فقال الجمهور : لا شفعة . وقال ابن الحداد : لهم الشفعة ، لأن ما يبيع في دينه كما لو باعه في حياته ، وهو خلاف مقتضى الأصل المذكور ، فانهم إذا ملكوا التركة صار جميع الدار لهم ، فيكون المبيع جزءاً من ملكهم .

فصل

في الحيل الدافعة للشفعة

منها : أن يبيع الشقص بأضعاف ثمنه دراهم ، يأخذ عرضاً قيمته مثل الثمن الذي تراضياً عليه عوضاً عن الدراهم ، أو يحط عن المشتري ما يزيد عليه بعد انقضاء الخيار .

ومنها : ما قاله ابن سريج : يشتري أولاً بائع الشقص عرضاً يساوي ثمن الشقص بأضعاف ذلك الثمن ، ثم يجعل الشقص عوضاً عما لزمه .

ومنها : أن يبيع جزءاً من الشقص بثمن كله ، ويهب له الباقي ، وهذه الطرق فيها غرر ، فقد لا يفي صاحبه .

ومنها : أن يجعل الثمن حاضراً مجهول القدر ، ويقبضه البائع ولا يزنه ، بل يتفقه أو يخلطه فتندفع الشفعة على الصحيح . وفيها خلاف ابن سريج السابق .

ومنها : إذا وقف الشقص ، أو وهبه ، بطلت الشفعة على رأي أبي إسحاق .

ومنها : لو باع بعض الشقص ، ثم باع الباقي ، لم يكن للشفيع أن يأخذ جميع المبيع ثانياً على أحد الوجهين ، فيندفع أخذ جميع المبيع .

ومنها : لو وكّل البائع شريكه بالمبيع ، فباع ، لم تكن له الشفعة على أحد الوجهين . وقد سبق ذكر هذه المسائل .

قلت : ومنها : أن يهب له الشقص بلا ثواب ، ثم يهب له صاحبه قدر قيمته ، قال الشيخ أبو حامد : هذا لا غرر فيه ، لأنه يمكنه أن يحترز من أن لا يفي صاحبه ، بأن يهبه ويجمله في يد أمين ليُقبضه إياه ، ويهبه صاحبه قدر قيمته ، ويجمله في يد أمين ليُقبضه إياه ، ثم يتقابضا في حالة واحدة . والله أعلم

فرع

عند أبي يوسف : لا يكره دفع الشفعة بالحيلة ، إذ ليس فيها دفع حق على الغير ، فإنه إنما يثبت بعد البيع . وعند محمد بن الحسن : يكره دفع الشفعة بالحيلة ، لما فيها من إبقاء الضرر ، وهذا أشبه بمذهبنا في الحيلة في منع وجوب الزكاة . قلت : عجب من الامام الرافعي رحمه الله كيف قال ما قال ، مع أن المسألة مسطورة ، وفيها وجهان . أصحابها ، وبه قال ابن سريج ، والشيخ أبو حامد : تكره هذه الحيلة . والثاني : لا ، قاله أبو حاتم القزويني في كتاب الحيل . أما الحيل في دفع شفعة الجار ، فلا كراهة فيها قطعاً ، وفيها من الحيل غير ماسبق [ما] ذكره المتولي أنه يشتري عشر الدار مثلاً بتسعة أعشار الثمن ، فلا يرغب الشفيع لكثرة الثمن ، ثم يشتري تسعة أعشاره بعشر الثمن ، فلا يتمكن الجار من الشفعة ، لأن المشتري حالة الشراء شريك في الدار ، والشريك مقدّم على الجار ، أو يخطط البائع على طرف ملكه خطأً ، ما يلي دار جاره ، ويبيع ما وراء الخط فتمتنع شفعة الجار ، لأن بين ملكه وبين المبيع فاصلاً ، ثم يهبه الفاضل . والله أعلم

كتاب القراض

القراض والمقارضة والمضاربة ، بمعنى ، وهو أن يدفع مالاً إلى شخص ليتجر فيه والربح بينهما . ودليل صحته إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، وفيه ثلاثة أبواب .

الأول : في أركان صحته ، وهي خمسة .

[الركن الأول : رأس المال ، وله أربعة شروط .

الأول : أن يكون نقداً ، وهو الدرهم والدنانير المضروبة ، ودليله الإجماع . ولا يجوز على الدرهم المنشوشة على الصحيح ، ولا على الفلوس على المذهب . قلت : قد ذكر الفوراني في جواز القراض على ذوات الميثل وجهين ، وهذا شاذ منكر ، والصواب المقطوع به : المنع . والله أعلم

الشرط الثاني : أن يكون معلوماً . فلو دفع إليه ثوباً وقال : بهمه وقد قارضتك

على ثمنه ، لم يجز .

الشرط الثالث : أن يكون معيناً . فلو قارض على دراهم غير معينة ، ثم أحضر

في المجلس وعينها ، قطع القاضي والامام بجوازه ، كالصرف والسلم ، وقطع البغوي بالمنع . ولو كان له دين على رجل ، فقال لغيره : قارضتك على ديني على فلان ، فاقبضه واتجر فيه ، أو قارضتك عليه لتقبض وتصرف ، أو اقبضه فإذا قبضته فقد قارضتك عليه ، لم يصح ، وإذا قبض العامل وتصرف فيه ، لم يستحق الربح المشروط ، بل الجميع لرب المال ، وللعامل أجرة مثل التصرف إن كان قال : إذا قبضت فقد

قارضتك . وإن قال : قارضتك عليه لتقبض وتصرف ، استحق أجره مثل انتقاضي والقبض أيضاً . ولو قال للمديون : قارضتك على الدين الذي لي عليك ، لم يصح القراض ، بل لو قال : اعزل قدر حقي من مالك ، فزله ، ثم قال : قارضتك عليه ، لم يصح ، لأنه لم يملكه . فإذا تصرف المأمور فيما عزله ، نظر ، وإن اشترى بعينه للقراض ، فهو كالفضولي يشتري لغيره بعين ماله . وإن اشترى في الذمة ، فوجهان . أصحها عند البغوي : أنه للمالك ، لأنه اشترى له بأذنه . وأصحها : عند الشيخ أبي حامد : للعامل ، لأن المالك لم يملك اليمين . وحيث كان الموزول للمالك ، فالربح ورأس المال له ، لفساد القراض ، وعليه الأجرة للعامل . ولو دفع كيسين في كل ألف ، وقال : قارضتك على أحدهما ، فوجهان . أحدهما : يصح ، لتساويهما . وأصحها : المنع ، لعدم التمين .

قلت : فعلى الأول يتصرف العامل في أيها شاء ، فيتمين للقراض . والله أعلم

ولو كانت دراهمه في يد غيره وديعة ، فقارضه عليها ، صح ، ولو كانت غصباً ، صح على الأصح ، كما لو رهنه عند الغاصب . وعلى هذا ، لا يبرأ من ضمان الغصب كما في الرهن .

قلت : معناه : لا يبرأ بمجرد القراض . أما إذا تصرف العامل فباع واشترى ، فبرأ من ضمان الغصب ، لأنه سلمه بأذن المالك ، وزالت عنه يده ، وما يقبضه من الأعراض ، يكون أمانة في يده ، لأنه لم يوجد منه فيها مضمين . والله أعلم

الشرط الرابع : أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل ، ويستقل باليد عليه والتصرف فيه . فلو شرط المالك أن يكون الكيس في يده ، ويوفي منه الثمن إذا اشترى العامل شيئاً ، أو شرط أنه يراجعه في التصرفات ، أو مشرفاً نصيبه ،

فسد القراض . ولو شرط أن يعمل معه المالك بنفسه ، فسد على الصحيح . وقال أبو يحيى البلخي : يجوز على سبيل المعاونة والتبعية . ولو شرط أن يعمل معه غلام المالك ، فوجهان . ويقال : قولان . الصحيح الذي عليه الأكثرون : صحته ، لأن العبد مال ، ولما لـه إعارته وإجارته ، فيكون في معنى إذن المالك في استخدامه . هذا إذا لم يصرح بحجة على العامل ، فأما إذا قال : على أن يعمل معك غلامي ولا تصرف دونه ، أو يكون بعض المال في يده ، فيفسد قطعاً . ولو شرط أن يعطيه بهيمة يحمل عليها ، جاز على المذهب . ولو لم يشترط عمل الغلام معه ، ولكن شرط ثلث الربح له ، والثلث لغلامه ، والثلث للعامل ، جاز . وحاصله : اشتراط ثلثي الربح لنفسه ، نص عليه في « المختصر » .

فرع

قال المتولي : لو كان بينه وبين غيره دراهم مشتركة ، فقال لشريكه : قارضتك على نصيبي منها ، صح ، إذ ليس له إلا الاشاعة ، وهي لا تمنع صحة التصرف . قال : ولو خلط ألفين بألف لغيره ، ثم قال صاحب الألفين للآخر : قارضتك على أحدهما وشاركتك في الآخر ، فقبل ، جاز ، وانفرد العامل بالتصرف في ألف القراض ، ويشارك في التصرف في باقي المال ، ولا يخرج على الخلاف في الصفقة الواحدة تجمع عقدين مختلفين ، لأنها جميعاً يرجعان إلى التوكيل بالتصرف .

فرع

لا يجوز جعل رأس المال مسكنى دار ، لأنه إذا لم يجعل العرض رأس مال ، فالمنفعة أولى .

الركن الثاني : العمل ، وله شروط .

الأول : أن يكون تجارة ، ويتعلق بهذا الشرط مسائل .

الأولى : لو قارضه على أن يشتري الحنطة فيطحنها ويخبزها ، والطعام لطبخه ويبيعه ، والفزل لينسجه ، والثوب ليقصره أو يصبغه ، والربح بينهما ، فهو فاسد . ولو اشترى العامل الحنطة ، وطحنها من غير شرط ، فوجهان . أحدهما ، وهو قول القاضي حسين وآخرين : يخرج الدقيق عن كونه رأس مال قراض (١) . فإن لم يكن في يده غيره ، انفسخ القراض ، لأن الربح حينئذ لا يحال على البيع والشراء فقط . وعلى هذا ، لو أمر المالك العامل بطحن حنطة القراض ، كان فسخاً للقراض . وأصحها : أن القراض بحاله ، كما لو زاد عبد القراض بكبر ، أو سمن ، أو تملثم صنعة ، فإنه لا يخرج عن كونه مال قراض ، لكن إن استقل العامل بالطحن ، صار ضامناً ، ولزمه الغرم إن نقص الدقيق . فإن باعه ، لم يكن الثمن مضموناً عليه ، لأنه لم يتمد فيه ، ولا يستحق العامل بهذه الصناعات أجره ولو استأجر عليها ، والأجرة عليه ، والربح بينه وبين المالك كما شرطاً .

الثانية : قارضه على دراهم على أن يشتري نخيلاً ، أو دواب ، أو مستغلات ويمسك رقابها ثمارها ونتاجها وغلاتها ، وتكون الفوائد بينهما ، فهو فاسد ، لأنه ليس ربحاً بالتجارة ، بل من عين المال .

الثالثة : شرط أن يشتري شبكة ويصطاد بها والصيد بينهما ، فهو فاسد ، ويكون الصيد للصائد ، وعليه أجره الشبكة .

الشرط الثاني : أن لا يكون مضيئاً عليه بالتعيين . فلو عين نوعاً يندر كالياقوت الأحمر والخزّ الأدكن ، والخيل العتق ، والصيد حيث يندر ، فسد القراض ، لأنه تضيق بخل بالمقصود . وإن لم يندر ، ودام شتاءً وصيفاً كالحبوب ، والحيوان ، والخزّ ،

(١) في نسخ الظاهرية : يخرج الدقيق عن كونه مال قراض .

والْبَزْ ، صح القراض . وإن لم يدم ، كالثمار الرطبة ، فوجهان . أصحها : الجواز .
والثاني : المنع ، إلا إذا قال : تصرف فيه ، فإذا انقطع ، فتصرف في كذا ، فيجوز .
ولو قال : لا تشتري إلا هذه السلعة ، أو إلا هذا العبد ، فسد ، بخلاف ما لو قال :
لا تشتري هذه السلعة ، لأنه يمكن شراء غيرها . ولو قال : لا تبسح إلا لزيد ،
أو لا تشتري إلا منه ، لم يجوز ، وقال الماسرجسي : إن كان المعين بيعاً لا ينقطع
عنده المتاع الذي يتجر في نوعه غالباً ، جاز تعيينه ، والمعروف ، الأول . ولو قال :
لا تبع لزيد ولا تشتري منه ، جاز على الصحيح .

فرع

لا يشترط تعيين نوع يتصرف فيه على الصحيح ، بخلاف الوكالة .

فرع

إذا جرى تعيين صحيح ، لم يكن للعامل مجاوزته كما في سائر التصرفات
المستفادة بالأذن . ثم الأذن في البز ، يتناول ما يلبس من النسوج ، من الأبرسم ،
والقطن ، والكتان ، والصوف ، دون البسط ، والفرش . وفي الأكسية ، وجهان ، لأنها
ملبوسة ، لكن لا يسمى بأئنها بزاً .

قلت : أصحها : المنع . والله أعلم

الشرط الثالث : أن لا يضيّق بالتوقيت ، ولا يعتبر في القراض بيان المدة ،
بخلاف المساقاة ، لأن مقصودها وهو الثمرة ، ينضبط بالمدة . فلو وقت فقال : قارضتك

سنة ، فان منعه من التصرف بعدها مطلقاً ، أو من البيع ، فسد ، لأنه يخلُ بالمقصود .
وإن قال : على أن لا تشتري بعد السنة ، ولك البيع ، صح على الأصح ، لأن المالك
يتمكن من منعه من الشراء متى شاء ، بخلاف البيع . ولو اقتصر على قوله : قارضتك
سنة ، فسد على الأصح . وعلى الثاني : يجوز ، ويحمل على المنع من الشراء ، استدامة
للعقد . ولو قال : قارضتك سنة على أن لا أملك الفسخ قبل انقضاءها ، فسد .

فرع

لا يجوز أن يعلق القراض ، فيقول : إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك ، كما لا يعلق
البيع ونحوه . ولو قال : قارضتك الآن ولا تصرف حتى ينقضي الشهر ، قليل :
يجوز كالوكالة . والأصح : لا يجوز ، كقوله : بعتك ولا تملك إلا بعد شهر .

الركن الثالث : الربح ، وله أربعة شروط .

الاول : أن يكون مخصوصاً بالمتعاقدين . فلو شرط بعضه لثالث فقال : على أن
يكون ثلثه لك ، وثلثه لي ، وثلثه لزوجتي ، أو لابني ، أو لاجنبي ، لم يصح ، إلا أن
يشترط عليه العمل معه ، فيكون قراضاً مع رجلين . ولو كان الشروط له عبداً للمالك ،
أو عبداً للعامل ، كان ذلك مضموماً إلى ما [شرط] للمالك أو للعامل . ولو قال :
نصف الربح لك ونصفه لي ، ومن نصيبي نصفه لزوجتي ، صح القراض ، وهذا
وعد هبة لزوجته . ولو قال للعامل : لك كذا على أن تعطي ابنك أو امرأتك
نصفه ، قال القاضي أبو حامد : إن ذكره شرطاً ، فسد القراض ، وإلا ، فلا .

الشرط الثاني : أن يكون مشتركاً بينهما . فلو قال : قارضتك على أن يكون
جميع الربح لك ، فوجهان . أحدهما : أنه قراض فاسد رعاية لللفظ . والثاني : أنه
قراض صحيح رعاية للمعنى . ولو قال : قارضتك على أن الربح كله لي ، فهل هو

قراض فاسد، أم إبطاع ؟ فيه الوجهان . ولو قال : أبضعتك على أن نصف الربح لك ، فهو إبطاع ، أم قراض ؟ فيه الوجهان . ولو قال : خذ هذه الدراهم وتصرف فيها والربح كله لك ، فهو قرض صحيح عند ابن سريج والأكثرين ، بخلاف ما لو قال : قارضتك والربح كله لك ، لأن اللفظ صريح في عقد آخر . وقال الشيخ أبو محمد : لا فرق بين الصورتين . وقال القاضي حسين : الربح والخسران للمالك ، وللعامل أجرة المثل ، ولا يكون قرضاً ، لأنه لم يملكه . ولو قال : تصرف فيها والربح كله لي ، فهو إبطاع .

الشرط الثالث : أن يكون معلوماً . فلو قال : قارضتك على أن لك في الربح شيركاً ، أو شراكة ، أو نصيباً ، فسد . وإن قال : لك مثل ما شرطه فلان افلان ، فإن كانا عالمين به ، صح . وإن جهله أحدهما ، فسد . ولو قال : الربح بيننا ، ولم يبين ، فوجهان . أحدهما : الفساد . وأصحها : الصحة ، وينزل على النصف ، كقوله : هذه الدار بيني وبين زيد ، يكون مقراً بالنصف . ولو قال : على أن ثلث الربح لك ، وما بقي فثله لي وثناه لك ، صح . وحاصله اشتراط سبعة أضعاف الربح للعامل ، هذا إذا علمنا عند العقد أن الشروط للعامل بهذا اللفظ كم هو ؟ فإن جهلاه أو أحدهما ، صح أيضاً على الأصح ، وبه قطع في « الشامل » ، لسهولة معرفته . ويجري الخلاف ، فيه إذا قال : [لك] من الربح مدين ربع العشر ، وهما لا يمان قدره عند العقد أو أحدهما .

الشرط الرابع : أن يكون العلم به من حيث الجزئية ، لا من حيث التقدير . فلو قال : لك من الربح ، أو لي منه درهم أو مائة ، والباقي بيننا نصفين ، فسد القراض . وكذا لو قال : نصف الربح إلا درهماً ، وكذا إذا اشترط أن يوليه مدامة كذا إذا اشتراها برأس المال ، لأنه ربما لا يربح إلا فيها ، أو أن يلبس الثوب

المشتري ، أو يركب الدابة ، أو اختصاص أحدهما بربح صنف من المال ، أو قال : ربح أحد الألفين لي ، وربح الآخر لك ، وشرط تمييز الألفين . فلو دفعها إليه ولا تمييز ، وقال : ربح أحدهما لي ، وربح الآخر لك ، فسد أيضاً على الأصح . وقيل : يصح ويكون كقوله : نصف ربح الألفين لك .

الركن الرابع : الصيغة .

القراض والمضاربة والمعاملة ، ألفاظ مستعملة في هذا العقد . فإذا قال : قارضتك ، أو ضاربتك ، أو عاملتك ، على أن الربح بيننا نصفين ، كان إيجاباً صحيحاً . ويشترط القبول متصلاً بالاتصال المعتبر في سائر العقود . ولو قال : خذ هذا الألف وانجر فيه ، على أن الربح بيننا نصفين ، فقطع القاضي حسين والبغوي ، بأنه قراض ، ولا يفتقر إلى القبول . وقال الامام : قطع شيخه والطبقة العظمى من نقلة المذهب : أنه لا بد من القبول ، بخلاف الجمالة والوكالة ، لأن القراض عقد معاوضة يختص بمعين . ولو قال : قارضتك على أن نصف الربح لي ، وسكت عن جانب العامل ، لم يصح على الأصح . وقيل : يصح ويكون بينهما نصفين . ولو قال : على أن نصف الربح لك ، وسكت عن جانب نفسه ، أو على أن لك النصف ولي السدس ، وسكت عن الباقي ، صح على الصحيح ، وكان بينهما نصفين .

الركن الخامس : الماقدان .

فالقراض توكيل وتوكل ، فيعتبر فيها ما يعتبر في الوكيل والموكل ، ويجوز لولي الطفل والمجنون أن يقارض بمالهما ، سواء فيه الأب ، والجد ، والوصي ، والحاكم ، وأمينه .

فصل

إذا قارض في مرض موته ، صح ، ويسلم للعامل الربح المشروط وإن زاد

على أجرة المثل، ولا يحسب من الثلث. ولو ساقاه في مرض الموت، وزاد على أجرة مثله، حسبت الزيادة من الثلث على الأصح، والفرق : أن النماء في المساقاة من عين المال .

فصل

يجوز أن يقارض الواحد اثنين وعكسه . فإذا قارض اثنين ، وشرط لهما نصف الربح بالسوية ، جاز ، ولو شرط لأحدهما ثلث الربح ، والآخر ربه ، فإن أبهم ، لم يجوز . وإن عين صاحب الثلث وصاحب الربع ، جاز . قال الامام : وإنما يجوز أن يقارض اثنين إذا أثبت لكل واحد الاستقلال . فإن شرط كل واحد مراجعة الآخر ، لم يجوز . هذا كلام الامام ، وما أظن الأصحاب يساعدونه عليه . وإذا قارض اثنان واحداً ، فليتيينا نصيب العامل من الربح ، ويكون الباقي بينهما على قدر ماليتها . ولو قالوا : لك من نصيب أحدهما من الربح الثلث ، ومن نصيب الآخر الربع ، فإن أبهما ، لم يجوز . وإن عيئنا وهو عالم بقدر مال كل واحد ، جاز ، إلا أن يشترط كون الباقي بين المالكين على غير ما تقتضيه نسبة المالكين .

فصل

إذا فسد القراض بتخلف بعض الشروط ، فله ثلاثة أحكام . أحدها : تنفيذ تصرفاته كنفوذها في القراض الصحيح لوجود الادلن كالوكالة الفاسدة . الثاني : سلامة الربح بكماله للمالك . الثالث : استحقاق العامل أجرة مثل عمله ، سواء كان في المال ربح ، أم لا ، وهذه الأحكام مطردة في صور الفساد ، لكن لو قال : قارضتك على أن جميع الربح لي ، وقلنا : هو قراض فاسد ، لا إبطاع ، ففي استحقاق العامل أجرة المثل ، وجهان . أصحها : المنع ، لأنه عمل مجاناً .

فرع

قال في « المختصر » لو دفع إليه ألفاً وقال : اشتريها هروياً أو مروياً بالنصف ، فهو فاسد . واختلفوا في سبب فساد ، فالأصح ، وفي سياق الكلام ما يقتضيه : أنه تعرض للشراء دون البيع ، وهذا تفريع على الأصح ، أن التعرض للشراء لا يغني عن التعرض للبيع ، بل لابد من لفظ المضاربة ونحوها لتناول البيع والشراء ، أو [من] لفظ البيع والشراء جميعاً . وإذا اقتصر على الشراء ، فللمدفع إليه الشراء دون البيع ، والربح كله للمالك ، والخسران عليه . وقيل : يكفي التعرض للشراء ، ويتضمن الإذن في البيع بعده ، وقيل : إذا أتى بلفظ المضاربة أو القراض كان كقوله : اشتري ، من غير تعرض للبيع . والصحيح : الصحة . وقيل : سببه أنه لم يبين لمن النصف . واعترض ابن سريج على هذا ، بأن الشرط ينصرف إلى العامل ، لأن المالك يستحق بالمال ، لا بالشرط . وقال ابن أبي هريرة : سبب الفساد ، أنه لم يمين أحد النوعين ، ولا أطلق التصرف في أنواع الأئمة . واعترض القاضي حسين عليه ، بأنه لو عين أحدهما ، حكماً بالصحة ، فإذا ذكرهما على التردد ، زاد العامل بسطةً وتخييراً ، فهو أولى بالصحة .

قلت : هذا الاعتراض ليس بمقبول ، لأن حاصله أنه حمل لفظة « أو » على التخيير ، وابن أبي هريرة ينكر ذلك ويقول : إنما أذن له في أحدهما وشك في المراد .

والله أعلم

وقيل : سببه أن القراض إنما يصح إذا أطلق التصرف في الأئمة ، أو عين جنساً يعم وجوده ، والمروى^١ والروى^٢ أيضاً كذلك ، وكان هذا المقتضى يقره

في بلد لا يمتن فيه . وقال الامام : يجوز أن يكون سببه أنه أرسل ذكر النصف ولم يقل : نصف الربح .

الباب الثاني في أحكام القراض الصحيح

هي ثلاثة أبواب .

الاول : تقيّد تصرف العامل بالمصلحة كتصرف الوكيل ، ثم قد تقتضي المصلحة النسوية بينهما ، وقد تقتضي الفرق ، فيبيع العامل وشراؤه بالغبن كالوكيل ، ولا يبيع أيضاً نسيئة ، ولا يشتري بها . فان أذن المالك في البيع نسيئة ، ففعل ، وجب الاشهاد ، فان تركه ، ضمن ، ولا حاجة إليه في البيع حالاً لأنه يحبس المبيع إلى استيفاء الثمن ، ولو سلمه قبل استيفائه ، ضمن ، كالوكيل . فان كان مأذوناً له في التسليم قبل قبض الثمن ، سلمه ، ولم يلزمه الاشهاد ، لأن العادة ترك الاشهاد في البيع الحال . ويجوز للعامل البيع بالعرض ، بخلاف الوكيل ، لانه من مصالح القراض ، وكذا له شراء المغيب إذا رأى فيه ربحاً ، فان اشتراه بقدر قيمته ، قال المتولي : في صحته وجهان ، لأن الرغبات تقل في المغيب .

قلت : الاصح : الجواز إذا رأى المصلحة . والله أعلم

وإن اشترى شيئاً على ظن السلامة ، فبان معيباً ، فله أن ينفرد برده إن كانت فيه غبطة ، ولا يمنعه [منه] رضی المالك ، بخلاف الوكيل ، لان العامل صاحب حق في المال . وإن كانت الغبطة في إمساكه ، لم يكن له رده على الاصح ، لاخلاله بالمقصود . وحيث ثبت الرد للعامل ، فللمالك أولى . قال الامام : ثم العامل

يردُّ على البائع وينقُض البيع . وأما المالك ، فإن كان الشراء بعين مال القراض ، فكذلك ، وإن كان في الذمة ، فيصرفه المالك عن مال القراض . وفي انصرافه إلى العامل ماسبق في انصراف العقد إلى الوكيل إذا لم يقع للموكل . ولو تنازع المالك والعامل في الردِّ وتركه ، عمل بالمصلحة .

فرع

لا يجوز للمالك معاملة العامل ، بأن يشتري من مال القراض شيئاً ، لأنه ملكه كالسيد مع المأذون له .

فرع

لا يجوز أن يشتري للقراض بأكثر من رأس المال . فلو فعل ، لم يقع ما زاد عن جهة القراض . فلو دفع إليه مائة قراضاً ، فاشتري عبداً بمائة ، ثم آخر بمائة للقراض أيضاً ، لم يقع الثاني للقراض ، بل ينظر إن كان اشتراه بعين المائة فالشراء باطل ، سواء اشتري الأول بعين المائة أو في الذمة . وإن اشتراه في الذمة ، انصرف إلى العامل حيث ينصرف شراء الوكيل المخالف إليه . وإذا انصرف إليه ، فصرف مائة القراض في ثمنه ، فقد تعدى ، ودخلت المائة في ضمانه ، لكن العبد الأول يبقى أمانة في يده ، لأنه لم يتعد فيه . فإن تلفت المائة والشراء الأول بعينها ، انفسخ ، وإن كان في الذمة ، لم يفسخ ، وثبت للمالك على العامل مائة ، والعبد الأول للمالك ، وعليه لباثمه مائة ، فإن أداها العامل بأذن المالك ، وشرط الرجوع ، ثبت له مائة على المالك ، ووقع الكلام في التقاص . وإن أداها بغير إذنه ، برىء المالك عن حق صاحب العبد ، ويبقى حقه على العامل .

فصل

اشترى العامل مَن يعثق على المالك ، فاما أن يشتريه باذنه ، وإما بغيره .
الحال الاول : باذنه ، فيصح . ثم إن لم يكن في المال ربح ، عتق على المالك وارتفع القراض إن اشتراه بجميع مال القراض ، وإلا ، فيصير الباقي رأس مال . وإن كان في المال ربح ، بني على أن العامل متى يملك نصيبه من الربح ؟ إن قلنا : بالقسمة ، عتق أيضاً ، وغرم المالك نصيبه من الربح ، وكأنه استرد طائفة من المال بعد ظهور الربح ، وإن قلنا : يملك بالظهور ، عتق منه حصة رأس المال ونصيب المالك من الربح ، وسرى إلى الباقي إن كان موسراً وبغيره ، وإن كان معسراً ، بقي رقيقاً . وفي وجه : إذا كان في المال ربح وقد اشتراه ببعض المال ، نظر ، إن اشتراه بقدر رأس المال ، عتق وكأن المالك استرد المال ، والباقي ربح يتقاسمونه ، وإن اشتراه بأقل ، حُسب من رأس المال ؛ أو بأكثر ، حُسب قدر رأس المال من رأس المال والزيادة من حصة المالك ما أمكن . والصحيح الأول . ولو أعتق المالك عبداً من مال القراض ، فهو كسراء العامل مَن يعثق عليه باذنه .

الحال الثاني : يشتريه بغير إذنه ، فلا يقع [الشراء] عن المالك بحال ، إذ لا مصلحة فيه للقراض ، ثم إن اشتراه بعين مال القراض ، بطل من أصله . وإن كان في الذمة ، وقع عن العامل ، ولزمه الثمن من ماله . فإن أداه من مال القراض ، ضمن .

فرع

اشترى زوجة المالك ، أو زوجها بلا إذن ، قيل : يصح . والأصح المنصوص ،

المنع كمن يعتق عليه ، لأنه لو صح لانفسخ النكاح وتضرر ، وإنما قصد بالاذن ما فيه حظ . فعلى هذا ، هو كما لو اشترى من يعتق عليه بلا إذن .

فرع

لو وكل بشراء عبد ، فاشترى الوكيل من يعتق على الموكل ، صح ووقع عن الموكل على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، لأن اللفظ شامل ، بخلاف القراض ، فان مقصوده الربح فقط ، وتقل الامام وجهاً : أنه لا يقع للموكل ، بل يبطل الشراء إن اشترى بعين المال ، ويقع عن الوكيل إن كان في الذمة .

فرع

العبد المأذون له [في التجارة] ، إذا اشترى من يعتق على سيده باذنه ، صح ، وعتق عليه إن لم تركبه ديون ، وإلا ، فقولان ، لأن ما في يده كالمرهون بالديون . وإن اشترى بغير إذنه ، لم يصح على الأظهر . والثاني : يصح ، ويعتق عليه . ورأى الامام القطع بالبطلان إن كان [أذن] في التجارة ، وجعل الخلاف فيما إذا قال : تصرف في هذا المال واشتر عبداً . والجمهور على جريان القولين في الاذن في التجارة ، وهو نصه في المختصر . ثم هذا الخلاف ، إذا لم يركبه دين ، فان ركه ، ترتب على الخلاف فيما إذا لم يركبه ، وأولى بالبطلان . فان صح ، ففي نفوذ العتق القولان .

فرع

اشترى العامل من يعتق عليه ، فان لم يكن في المال ربح ، صح ولم يعتق

كالوكيل يشتري أباه لموكله ، ثم إن ارتفعت الاسعار وظهر ربح ، بني على القولين في أن العامل متى يملك الربح ؟ إن قلنا: بالقسمة ، لم يعتق منه شيء . وإن قلنا: بالظهور ، عتق عليه بقدر حصته على الأصح . وقيل : لا يعتق ، لعدم استقرار ملكه . فان قلنا : بالأصح ، ففي السراية وتقويم الباقي عليه إن كان موسراً ، وجهان . أصحابها وبه قال الأكثرون: تثبت كما لو اشتراه وفيه ربح وقلنا : يملك بالظهور . وإن كان في المال ربح ، سواء كان حاصلًا قبل الشراء ، أو حصل بنفس الشراء بأن كان رأس المال مائة ، فاشترى بها أباه وهو يساوي مائتين ، فان قلنا : يملك الربح بالقسمة ، صح الشراء ولم يعتق ، وإلا ، ففي صحة الشراء في قدر حصته من الربح ، وجهان . أصحابها : الصحة ، لأنه مطلق التصرف في ملكه . والثاني : لا ، لأنه يخالف غرض الاسترباح . فان منعنا ، ففي الصحة في نصيب المالك قولاً الصفة ، وإن صححنا ، ففي عتقه عنه الوجهان السابقان . فان قلنا : يعتق ، فان كان موسراً ، سرى العتق إلى الباقي ولزمه الغرم ، لأنه مختار في الشراء ، وإلا ، فيبقى الباقي رقيقاً . هذا كله إذا اشترى بعين مال القراض . فأما إن اشترى في الذمة للقراض ، فحيث صححنا الشراء بعين مال القراض ، أوقفناه هنا عن القراض ، وحيث لم نصحح هناك ، أوقفناه هنا عن العامل ، وعتق عليه . وحيث قول : أنه إذا أطلق الشراء ولم يصرفه إلى القراض لفظاً ، ثم قال : كنت نويته ، وقلنا : إنه إذا وقع عن القراض لا يعتق منه شيء ، لم يقبل قوله ، لأن الذي جرى عقد عتاقه ، فلا يقبل رفعه .

فرع

ليس للعامل أن يكتب عبد القراض بغير إذن المالك . فان كاتبه معاً ، جاز ،

وعتق بالأداء ، ثم إن لم يكن في المال ربح ، فولأؤه للمالك ولا ينفسخ القراض بما جرى من الكتابة على الأصح ، بل ينسحب على النجوم، وإن كان فيه ربح ، فالولاء بينهما على حسب الشرط ، وما يزيد من النجوم على القيمة ، ربح .

الحكم الثاني : منع مقارضة العامل غيره . فلو قارض باذن المالك وخرج من الدين^(١) وصار وكيلًا في مقارضة الثاني ، صح ، ولا يجوز أن يشترط العامل الاول لنفسه شيئًا من الربح . ولو فعل ، فسد القراض الثاني ، ولعامله أجرة المثل على المالك، إما سبق أن شرط الربح لغير العامل والمالك ممتنع . وإن أذن [له] في أن يعامل غيره ليكون ذلك الغير شريكًا له في العمل والربح المشروط له على مايراه ، فقيل : يجوز كمقارضة شخصين ابتداءً ، والأصح : المنع . وإن قارض بغير إذن المالك ، فهو فاسد ، ويحيى فيه قول وقف عقد الفضولي على الاجازة . فاذا قلنا بالمشهور ، فتصرف الثاني في المال وربح ، فهو كالغاصب إذا اتجر في المنصوب . فان تصرف في عينه ، فتصرف فضولي ، وإن باع سلمًا ، أو اشترى في الذمة وسلم المنصوب فيما التزمه وربح ، فالربح للغاصب في الجديد ، والمالك في القديم . وفي هذا القديم ، أبحاث .

أحدها : هل الربح للمالك جزمًا ، أم موقوف على إجازته ؟ قيل : بالوقف كبيع الفضولي على القديم . فعلى هذا ، إن رده ، ارتد، سواء اشترى في الذمة، أم بعين المنصوب، وقال الأكثرون بالجزم، وبشّوه على المصلحة ، وكيف يصح وقف شراء الناصب لنفسه على إجازة غيره ، وإعنا قول الوقف إذا تصرف في عين مال الغير أو له ؟!

الثاني : أن هذا القول جارٍ فيما إذا كان في المال ربح وكثرت التصرفات

وعسر تنبّعها ، فإن سهل وقلّت ولاربح ، فلا مجال له . فإن سهل وهناك ربح ، أو عسر ولاربح ، فوجهان ، وسواء في الربح القليل والكثير .

الثالث : لو اشترى في ذمته ولم يخطر له أن يؤدي الثمن من الدراهم المغصوبة ، ثم خطر له ، قال الامام : ينبغي أن لا يجري القديم إن صدّقه المالك . وهذه المسألة تلقب بمسألة البضاعة ، وقد ذكرناها مختصرة في أول البيع وفي الغصب . وإذا قلنا بالجديد ، فاشترى بمين مال القراض ، فباطل ، وإن اشترى في الذمة ، فهل جميع الربح للعامل الثاني لأنه المتصرف كالأغاصب ؟ أم للأول لأن الثاني تصرف بأذنه كالوكيل ؟ وجهان . أصحهما : الأول ، وعليه للثاني أجره عمله . وإذا قلنا : بالقديم ، ففيما يستحقه المالك من الربح ؟ وجهان . أحدهما : جميعه كالغصب . فعلى هذا ، للعامل الثاني أجره عمله . قيل : يأخذها من العامل الأول ، لأنه استعمله ، وقيل : من المالك ، لأن نفع عمله عاد إليه . و [الوجه] الثاني وهو الصحيح : له نصف الربح ، لأنه رضي به ، بخلاف صورة الغصب . فعلى هذا ، في النصف الثاني أوجه . قيل : كله للعامل الأول ، وللثاني عليه أجره عمله ، لأنه غرّه . وقيل : للثاني . وقيل : بينها بالسوية ، وهو الأصح . وعلى هذا ، في رجوع الثاني بنصف أجره المثل ، وجهان . أصحها : لا ، لأنه أخذ نصف ما حصل لهما ، والوجهان فيما إذا كان الأول قال : على أن ربح هذا المال بيننا ، أو على أن لكلٍ نصفه . فإن كان قال : ما رزقنا الله تعالى [من الربح] فهو بيننا ، فلا رجوع على المذهب ، وبه قطع الأكثرين ، لأن النصف ، هو الذي رزقناه . وعن الشيخ أبي محمد ، طرد الوجهين ، لأن المفهوم ، بشطر جميع الربح . وجميع ما ذكرناه إذا كان القراضان على الناصفة ، فإن كانا هما أو أحدهما على نسبة أخرى ، فعلى ما تشارطا . هذا كله إذا تصرف الثاني وربح . أما لو هلك المال في يده ، فإن كان عالماً بالحال ، فغاصب . وإن ظن العامل

ماله كـ ، فهو كالمستودع من الغاصب ، لأن يده أمانة . وقيل : كالمتهب من الغاصب ، لعود النفع إليه ، وقد سبق بيانها ضماناً وقراراً .

الحكم الثالث : منعه السفر بحال القراض ، فليس له السفر به بغير إذن المالك ،

وفي قول : له ذلك عند أمن الطريق ، نقله البويطي . فعلى المشهور : لو سافر ، ضمن المال ، ثم إن كان المتاع بالبلدة التي سافر إليها أكثر قيمة ، أو تساوت القيمتان ، صح البيع ، واستحق الربح بسبب الاذن . وإن كان أقل قيمة ، لم يصح البيع ، إلا أن يكون النقص قدراً يتغابن به . وإذا صححنا البيع ، فائمن الذي يقبضه مضمون عليه ، بخلاف الوكيل في البيع إذا تعدى ثم باع ، لا يضمن الثمن الذي يقبضه ، لأنه لم يتمد فيه ، وهما العدوان بالسفر ، وهو شامل ، ولا تعود الأمانة بالعود من السفر . أما إذا سافر بالاذن ، فلا عدوان ولا ضمان . قال المتولي : ويبيع بما كان يبيعه في البلد الذي سافر منه ، فإن لم يساوِ إلا مادونه ، فإن ظهر [فيه] غرض ، بأن كانت مؤنة الرد أكثر من قدر النقص ، أو أمكن صرف الثمن إلى متاع يتوقع فيه ربحاً ، فله البيع ، وإلا ، فلا يجوز ، لأنه تخسير محض .

قلت : وإذا سافر بالاذن ، لم يجز سفره في البحر إلا بنص عليه . والله أعلم

فصل

على العامل أن يتولّى ما جرت العادة به من نشر الثياب وطيّها وذرعها وإدراجها في السقط وإخراجها ووزن ما يخف كالذهب والمسك والعود وقبض الثمن وحمله وحفظ المتاع على باب الحانوت ، وفي السفر بالنوم عليه ونحوه ، وليس عليه وزن الأمتعة الثقيلة وحملها ، ولا نقل المتاع من الخان إلى الحانوت والنداء عليه ، ثم

ماعليه أن يتولاه لو استأجر عليه ، فالأجرة في ماله ، وما ليس عليه أن يتولاه ،
له أن يستأجر عليه من مال القراض . ولو تولاه بنفسه ، فلا أجرة له .

فصل

أجرة الكيال والوزان والحمال ، في مال القراض ، وكذا أجرة النقل إذا
سافر بالاذن ، وكذا أجرة الحارس والرصدي .

فرع

لا يجوز للعامل أن يتصدق من مال القراض بشيء أصلاً ، ولا أن ينفق منه
على نفسه في الحضر قطعاً . وفي السفر ، قولان . أظهرهما : لا نفقة له ، كالحضر .
والثاني : له . وقيل : بالمنع قطعاً . وقيل : بالاثبات قطعاً . فان أثبتنا ، فالأصح أنه
يختص بما يزيد بسبب السفر ، كالخف والادواة وشبهها . وقيل : يطرد في كل ما يحتاج
إليه من طعام وكسوة وإدام وغيرها .

قلت : وإذا قلنا بالاختصاص ، استحق أيضاً ما يتجدد بسبب السفر من زيادة
النفقة ، واللباس ، والكراء ، ونحوها . والله أعلم

ويتفرع على الاثبات مسائل .

منها : لو استصحب مال نفسه مع مال القراض ، وزعت النفقة على قدر
المالين . قال الامام : ويجوز أن ينظر إلى قدر العمل على المالين ، ويوزع على أجرة
مثليهما . وقال أبو الفرج السرخسي : إنما يوزع إذا كان ماله قدرأ يقصد السفر له .

قلت : وقد قال بمثل قول السرخسي أبو علي في « الافصاح » ، وصاحب « البيان » .
والله أعلم

ومنها : لو رجع العامل ومعه فضل زاد ، أو آلات أعدها للسفر ، كالطهرة ونحوها ، لزمه ردها إلى مال القراض على الصحيح .

ومنها : لو استرد المالك المال منه في الطريق أو في البلد الذي سافر إليه ، لم يستحق نفقة الرجوع على الأصح ، كما لو خالم زوجته في السفر .

ومنها : أنه يشترط أن لا يسرف ، بل يأخذ بالمعروف ، وما يأخذه يحسب من الربح ، فإن لم يكن ربح ، فهو خسران لحق المال ، ومما أقام في طريقه فوق مدة المسافرين في بلد ، لم يأخذ لتلك المدة .

ومنها : لو شرط نفقة السفر في ابتداء القراض ، فهو تأكيد إذا أثبتناها ، وإلا ، فسد القراض على الأصح ، كما لو شرط نفقة الحضر . والثاني : لا ، لأنه من مصالح المقد . وعلى هذا ، في اشتراط تقديرها ، وجهان . وعن رواية الزني في « الجامع » ، أنه لا بد من شرط النفقة في المقد مقدرة ، لكن لم يثبتها الأصحاب .

فصل

هل يملك العامل حصته من الربح بالظهور كالمساقاة ، أم لا يملك إلا بالقسمة ؟ قولان . أظهرهما عند الأكثرين : الثاني . فإن قلنا : بالظهور ، فليس ملكاً مستقراً ، فلا يتسلط العامل على التصرف فيه ، لأن الربح وقاية لرأس المال . فلو اتفق خسران ، كان من الربح دون رأس المال ما أمكن . ولذلك نقول : إذا طلب أحدهما قسمة الربح قبل فسخ القراض ، لا يجبر الآخر . فإذا ارتفع القراض

والمال ناضٍ واقتسماه ، حصل الاستقرار وهو نهاية الأمر . وكذلك لو كان قدر رأس المال ناضياً ، فأخذه المالك واقتسما الباقي . وفي حصول الاستقرار بارتفاع العقد ، ونضوض المال من غير قسمة ، وجهان . أصحها : نعم ، للوثوق بحصول رأس المال ، والثاني : لا ، لأن القسمة الباقية من تمة عمل العامل . وإن كان المال عرضاً ، بني على خلاف يأتي إن شاء الله تعالى ، في أن العامل هل يحير على البيع والتضيض؟ إن قلنا : نعم ، فالذهب أنه لاستقرار ، إذ لم يتم العمل ، وإلا ، فوجهان ، كما لو كان ناضياً . ولو اقتسما الربح بالتراضي قبل فسخ العقد ، لم يحصل الاستقرار ، بل لو حصل خسران بعده ، كان على العامل جبره بما أخذ . وإذا قلنا : لا يملك إلا بالقسمة ، فله فيه حق مؤكد حتى يورث عنه ، لانه وإن لم يملكه ، فقد ثبت له حق التملك ، ويقدم على الغرماء ، لتعلق حقه بالعين ، وله أن يمنع من العمل بعد ظهور الربح ، ويسمى في التضيض ليأخذ منه حقه . ولو أنلف المالك المال ، غرم حصة العامل ، وكان الانلاف كالأسترداد .

فرع

لو كان في المال جارية ، لم يكن (١) للمالك وطؤها ، كان في المال ربح أو لم يكن . واستبعد الامام التحريم إذا لم يكن ربح . وإذا حرّمنا ، فوطيء ، لم يكن فسخاً للقراض على الأصح ، ولا حدٌ عليه . وأما المهر ، فسنذكره إن شاء الله تعالى . ولو وطئها العامل ، فعليه الحد إن لم يكن ربح وكان عالماً ، وإلا ، فلا حدٌ ، ويؤخذ منه جميع المهر ويجعل في مال القراض . ولو استولد ، لم تصر

(١) في نسخ الظاهرية : لم يحز .

أم ولد إن قلنا : لا يملك بالظهور ، وإلا ، ثبت الاستيلاء في نصيبه ، ويقوم عليه الباقي إن كان موسراً .

فرع

لا يجوز للمالك تزويج جارية القراض ، لانه ينقصها فيضراً بالعامل .

فصل

فيما يقع في مال القراض من زيادة أو نقص

أما الزيادة ، فثمرة الشجرة المشتراة للقراض ، ونتاج الدابة ، وكسب الرقيق ، وولد الجارية ، ومهرها إذا وطئت بشبهة ، وبذل منافع الدواب والأرض ، سواء وجب باستعمالها عدواناً أو باجارة صدرت من العامل ، فإن له الاجارة . فاذا رأى فيها المصلحة ، أطلق الامام والغزالي : أن هذه كلها مال قراض ، لأنها من فوائده ، وقال المتولي : إن كان في المال ربح ، وملئكتنا العامل حصته بالظهور ، فالجواب كذلك . فإن لم يكن ربح ، أو لم نملكه ، فمن الأصحاب من قال : مال قراض . وقال جمهورهم : يفوز بها المالك ، لأنها ليست من فوائد التجارة . ويشبه أن يكون هذا أولى . فإن جملناها مال قراض ، فالأصح أنها من الربح . وقيل : هي شائعة في الربح ورأس المال . ولو وطئها المالك ، قال الغزالي وغيره : يكون مسترداً مقدار المهر ، فيستقر نصيب العامل منه . وقال البغوي : إن كان في المال ربح وملئكتنا بالظهور ، وجب نصيب العامل من الربح ، وإلا ، فلا شيء له . واستيلاء المالك جارية القراض ، كاعتاقها . وإذا أوجبت المهر بوطئه الخالي عن الاحبال ، فالأصح الجمع بينه وبين القيمة . وأما النقص ، فما حصل برخص ، فهو خسران مجبور

بالربح . وكذا النقص بالتعيب والمرض الحادثين . وأما النقص العيني ، وهو تلف البعض ، فإن حصل بعد التصرف في المال بيعاً وشراءً ، فقطع الجمهور بأن الاحتراق وغيره من الآفات الساوية ، خسران يجبر بالربح . وفي التلف بالسرقة والنصب ، وجهان . والفرق أن في الضمان الواجب ما يجبره ، فلا حاجة إلى الجبر بمال القراض ، وطرد جماعة الوجهين في الآفة الساوية ، والأصح في الجميع ، الجبر . أما إذا نقص قبل التصرف بيعاً وشراءً ، بأن دفع إليه ألفين قراضاً ، فتلف أحدهما قبل التصرف فوجهان . أحدهما : أنه خسران ، فيجبر بالربح الحاصل بعد ، ويكون رأس المال ألفين . وأصحها : يتلف من رأس المال ، ويكون رأس المال ألفاً . ولو اشترى بالألفين عشرين ، فتلف أحدهما ، تلف من الربح على المذهب . وقيل : من رأس المال ، لأنه لم يتصرف بعد بالبيع . هذا إذا تلف بعض المال . أما إذا تلف كله بآفة سماوية قبل التصرف أو بعده ، فيرتفع القراض ، وكذا لو أتلّفه المالك كما سبق . فلو أتلّف أجنبي جميعه أو بعضه ، أخذ منه بدله واستمر فيه القراض . وما ذكرناه من الخلاف في الجبر من الربح في صورة السرقة والنصب ، هو فيما إذا تعذر أخذ البديل من التلّف . ولو أتلّف العامل المال ، قال الامام : يرتفع القراض ، لأنه وإن وجب عليه بدله ، فلا يدخل في ملك المالك إلا بقبضه منه ، وحينئذٍ يحتاج إلى استئناف القراض . ولك أن تقول : ذكروا وجهين في أن مال القراض إذا غصب أو أتلّف ، فنّ الخصم فيه ؟ أصحابها : أنه المالك فقط إن لم يكن في المال ربح ، وهما جميعاً إن كان ربح . والثاني : أن للعامل الخاصمة مطلقاً حفظاً للمال ، فيشبه أن يكون الجواب المذكور في إتلاف الأجنبي مفرعاً على أن العامل خصم ، ويتقدر أن يقال : ليس بخصم ، بل إذا خصم المالك وأخذه ، عاد العامل إلى التصرف فيه بحكم القراض ، [و]لزم مثله فيما إذا كان العامل هو المتلف .

فرع

لو قتل رجل عبد القراض، وفي المال ربح، لم ينفرد أحدهما بالقصاص، بل الحق لهما، فإن تراضيا على العفو على مال، أو على القصاص، جاز. وإن عفا أحدهما، سقط القصاص ووجبت القيمة، هكذا ذكروه وهو ظاهر على قولنا: يملك العامل الربح بالظهور، وغير ظاهر على القول الآخر. وإن لم يكن في المال ربح، فللمالك القصاص والعفو على غير مال. وكذا لو كانت الجناية موجبة [للمال]، فله العفو عنه ويرتفع القراض. فإن أخذ المال، أو صالح عن القصاص على مال، بقي القراض فيه.

فرع

مال القراض ألف، اشتري بعينه ثوباً، ف تلف الألف قبل التسليم، بطل الشراء وارتفع القراض. وإن اشتري في الذمة، قال في «البويطي»: يرتفع القراض ويكون الشراء للعامل، فقال بعض الأصحاب: هذا إذا كان التلف قبل الشراء، فإن القراض، والحالة هذه، غير باقٍ عند الشراء، فينصرف الشراء إلى العامل. أما لو تلف بعد الشراء، فالشترى للمالك. فإذا تلف الألف المد للثمن، لزمه ألف آخر. وقال ابن سريج: يقع الشراء عن العامل، سواء تلف الألف قبل الشراء أو بعده، وعليه الثمن ويرتفع القراض، لأن إذنه ينصرف إلى التصرف في ذلك الألف، فإن قلنا بالاول، فرأس المال ألف، أم ألفان؟ وجهان. فإن قلنا: ألف، فهو الألف الاول، أم الثاني؟ وجهان، فائدتها عند اختلاف الألفين في صفة الصحة وغيرها.

الباب الثالث

في فسخ القراض والاختلاف فيه

فيه طرفان .

الأول : في فسخه . والقراض جائز ، فانه في أوله وكالة ، وبعد ذلك شركة .
إذا حصل ربح ، فلكل منها فسخه متى شاء ، ولا يحتاج إلى حضور صاحبه ورضاه .
وإذا مات أحدهما ، أو جن ، أو أُغمي عليه ، انفسخ . فإذا فسخا جميعاً أو أحدهما ،
لم يكن للعامل أن يشتري بعده ، ثم ينظر إن كان المال ديناً ، لزم العامل التقاضي
والاستيفاء ، سواء كان ربح ، أم لا . فان لم يكن ديناً ، نظر إن كان نقداً من
جنس رأس المال ولا ربح ، أخذه المالك . وإن كان (١) ربح ، اقتسمه بحسب الشرط ،
فان كان الحاصل مكسرة ، ورأس المال صحاح ، نظر ، فان وجد من يبدلها
بالصحاح وزناً بوزن ، أبدلها ، وإلا ، باعها بغير جنسها من النقد ثم اشترى به الصحاح ،
ويجوز أيضاً أن يبيعها بعرض ويشتري به الصحاح على الأصح . وإن كان نقداً من
غير جنس المال ، أو عرضاً ، فله حلال .

أحدهما : أن يكون فيه ربح فيلزم العامل بيعه إن طلبه المالك ، وله بيعه
وإن أباه المالك ، [وليس] للعامل تأخير البيع إلى موسم رواج المتاع ، لأن حق
المالك معجل . ولو قال المالك : تركت حقّي لك فلا تكلفني البيع ، لم يلزمه الاجابة
على الأصح ، لأن في التنضيض مشقة ومؤنة ، فلا يسقط عن العامل . ولو قال المالك :
لا تبع ونقتسم العروض بتقويم عدلين ، أو قال : أعطيك قدر نصيبك ناضئاً ، ففي
تمكثن العامل من البيع ، وجهان . وقطع الشيخ أبو حامد وغيره بالمنع ، لأنه
إذا جاز المبيع أن يملك غراس المستمير بقيمته لدفع الضرر ، فالمالك هنا أولى .
وحيث لزم البيع ، قال الامام : الذي قطع به المحققون ، أن ما يلزمه بيعه وتنضيضه ،

(١) « كان » هنا تامة ، أي : وإن وجد ربح .

قدر رأس المال . أما الزائد ، فحكمه حكم عرض يشترط فيه رجلان ، فلا يكلف واحد منها بيعه . ثم ما يبيعه بطلب المالك أو دونه ، يبيعه بنقد البلد إن كان من جنس رأس المال . فإن كان من غير جنسه ، باعه بما يرى المصلحة فيه من نقد البلد ورأس المال ، فإن باعه بنقد البلد ، حصل به رأس المال .

الحال الثاني : إذا لم يكن في المال ربح ، فهل المالك تكليفه البيع؟ وجهان أصحها : نعم ، أيرد كما أخذ لئلا يلزم المالك مشقة ومؤنة . وهل للعامل البيع إذا رضي المالك بمساكه ؟ وجهان - كماهما الامام . أحدهما : لا ، إذ لفائدة ، والصحيح وبه قطع الجمهور : له البيع إذا توقع ربحاً ، بأن ظفر بسوق أو راغب . وإذا قلنا : ليس للعامل البيع إذا أراد المالك إمساك العرض ، أو انفقا على أخذ المالك العرض ، ثم ظهر ربح بارتفاع السوق ، فهل للعامل فيه نصيب ، لحصوله بكسبه ؟ أم لا ، لظهوره بعد الفسخ ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

فرع

كما يرتفع القراض بقول المالك : فسخته ، يرتفع بقوله للعامل : لا تتصرف بعد هذا ، أو باسترجاع المال منه . فلو باع المالك ما اشتراه العامل للقراض ، فهل ينزل كما لو باع الموكل ما وكل في بيعه ؟ أم لا ويكون ذلك إعانة له ؟ وجهان . أصحها : الثاني . ولو حبس العامل ومنعه التصرف ، أو قال : لا قراض بيننا ، ففي انزاله وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون [الاصح] في صورة الحبس ، عدم الانزال ، وفي قوله : لا قراض بيننا ، الانزال . والله أعلم

فرع

إذا مات المالك والمال ناض لا ربح فيه ، أخذه الوارث . فإن كان ربح ، اقتسمه . وإن كان عرضاً ، فالمطالبة بالبيع والتنضيض كحالة حصول الفسخ في حياتها ، وللعامل البيع هنا حيث كان له البيع هناك ، ولا يحتاج إلى إذن الوارث اكتفاءً باذن المورث ، بخلاف ما لو مات العامل ، فإنه لا يملك وارثه البيع دون إذن المالك ، لانه لم يرض بتصرفه . وفي وجه : لا يبيع العامل بغير إذن وارث المالك . والصحيح : الجواز . ويجري الخلاف في استيفائه الديون بغير إذن الوارث . ولو أراد الاستمرار على العقد ، فإن كانت المال ناضاً ، فلها ذلك بأن يستأنفاً عقداً بشرطه ، ولا بأس بوقوعه قبل القسمة لجواز القراض على المشاع ، ولذلك يجوز القراض مع الشريك بشرط أن لا يشاركه في اليد ، ويكون للعامل ربح نصيبه ، ويتضاربان في ربح نصيب الآخر . وهل ينعقد بلفظ الترك والتقرير ، بأن يقول الوارث ، أو القائم بأمره : تركتك أو قررتك على ما كنت عليه؟ وجهان . أصحهما : نعم ، لفهم المعنى ، وليكن الوجهان تقريباً على أن القراض ونحوه لا ينعقد بالكناية . فأما إذا قلنا : ينعقد [به] ، فينبغي القطع بالانقضاء هنا ، وإن كان المال عرضاً ، ففي جواز تقريره على القراض وجهان . أصحهما : المنع ، لأن القراض الأول انقطع بالموت ، ولا يجوز ابتداء القراض على عرض . والأشبه ، أن يختص الوجهان بلفظ الترك والتقرير ، ولا يسامح باستعمال الألفاظ التي تستعمل في الابتداء . وحكى الامام فيما إذا فسخ القراض في الحياة طريقة طاردة للوجهين ، وطريقة قاطعة بالمنع ، وهي الأشهر . فأما إذا مات العامل واحتيج إلى البيع والتنضيض ، فإن أذن المالك لوارث العامل فيه ، فذاك ، وإلا ، تولاه أمين من جهة الحاكم ، ولا يجوز

تقرير وارثه على القراض إن كان المال عرضاً قطعاً ، فإن كان ناضئاً ، فلها ذلك بمقد مستأنف . وفي لفظ التقرير ، الوجهان السابقان ، ويجريان أيضاً فيما إذا انفسخ البيع الجاري بينهما ثم أرادا إعادته ، فقال البائع : قررتك على موجب البيع الأول ، وقبل صاحبه ، وفي النكاح ، لا يصح مثله .

فرع

كان رأس مال الميت مائة ، والربح مائتين ، وجدد الوارث العقد مع العامل مناصفة كما كان بلا قسمة ، فرأس مال الوارث مائتان من ثلاث المائة ، والمائة الباقية للعامل ، فعند المقاسمة ، يأخذها وقسطها من الربح ، ويأخذ الوارث رأس ماله مائتين ، ويقتسمان ما بقي .

قلت : إذا جُنّا أو أغمى عليها أو أحدهما ، ثم أفاقا وأرادا عقد القراض ثانياً ، قال في « البيان » : الذي يقتضيه المذهب ، أنه كما لو انفسخ بالموت ، وهو كما قال . والله أعلم

فصل

إذا استرد المالك طائفةً من المال ، فإن كان قبل ظهور الربح والخسران ، رجع رأس المال إلى القدر الباقي . وإن ظهر ربح ، فالمسترد شائع ربحاً وخسراناً على النسبة الحاصلة من جملي الربح ورأس المال ، ويستقر ملك العامل على ما يخصه بحسب الشرط مما هو ربح منه ، فلا يسقط بالخسران الواقع بعده . وإن كان الاسترداد بعد ظهور الخسران ، كان موزعاً على المسترد والباقي ، فلا يلزم جبر

حصة المسترد من الخسران ، وبصير المال هو الباقي بعد المسترد وحصته من الخسران .
مثال الاسترداد بعد الربح : كان رأس المال مائة ، وربح عشرين ، واسترد عشرين ،
فالربح سدس المال ، فيكون المسترد سدسه ربحاً ، وهو ثلاثة دراهم وثلاث ، ويستقر
ملك العامل على نصفه إذا كان الشرط مناصفة ، وهو درهم وثلاثا درهم . فلو عاد
مافي يده إلى ثمانين ، لم يسقط نصيب العامل ، بل يأخذ منها درهماً وثلاثي درهم .
ومثال الاسترداد بعد الخسران : كان رأس المال مائة ، وخسر عشرين ، واسترد
عشرين ، فالخسران موزع على المسترد والباقي ، فتكون حصة المسترد خمسة لا يلزم
جبرها ، بل يكون رأس المال خمسة وسبعين ، فما زاد بعد ذلك عليها
قسم [بينها] .

الطرف الثاني : في الاختلاف ، وفيه مسائل .

إحداها : ادعى العامل تلف المال ، صدق يمينه ، فلو ذكر سبب التلف ،
فسباني بيانه في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى .

الثانية : لو ادعى الرد ، صدق يمينه على الأصح .

الثالثة : قال : ما ربحت ، أو ما ربحت إلا ألفاً ، فقال المالك : ألفين ، صدق
العامل يمينه . فلو قال : ربحت كذا ، ثم قال : غلطت في الحساب ، إنما الربح
كذا ، أو تبينت أن لا ربح ، أو [قال] : كذبت فيما قلت خوفاً من انتزاع
المال من يدي ، لم يقبل قوله . ولو قال : خسرت بعد الربح الذي أخبرت عنه ،
قبل منه . قال المتولي : وذلك عند الاحتمال ، بأن حدث كساد ، فإن لم يحتمل ،
لم يقبل . ولو ادعى الخسارة عند الاحتمال ، أو التلف بعد قوله : كنت كاذباً فيما قلت ،
قبل أيضاً ، ولا تبطل أمانته بذلك القول السابق ، هكذا نص عليه ، وقاله الأصحاب .

الرابعة : قال : اشتريت هذا للقراض ، فقال المالك : بل لنفسك ، فالقول قول العامل على المشهور ، وفي قول : قول المالك ، لأن الأصل عدم وقوعه عن القراض . ولو قال : اشتريته لنفسي ، فقال : بل للقراض ، صدّق العامل بيمينه قطعاً . فلو أقام المالك بينة أنه اشتراه بمال القراض ، ففي الحكم بها وجهان . وجه المنع : أنه قد يشتري لنفسه بمال القراض عدواناً ، فيبطل العقد .

الخامسة : قال المالك : كنت نهيتك عن شراء هذا ، فقال : لم تنهي ، صدّق العامل .

السادسة : قال : شرطت لي نصف الربح ، فقال : بل ثلثه ، تحالفا كالمتبايعين ، فإذا حلّفا ، فسخ العقد ، واختص الربح والخسران بالمالك ، وللعامل أجره مثل عمله . وفي وجه : أنها إن كانت أكثر من نصف الربح ، فليس له إلا قدر النصف ، لأنه لا يدعي أكثر .

قلت : وإذا تحالفا ، فهل يفسخ بنفس التحالف ، أم بالفسخ ؟ حكمه حكم البيع كما مضى ، قاله في « البيان » . والله أعلم

السابعة : اختلفا في قدر رأس المال ، فالقول قول العامل إن لم يكن في المال ربح ، وكذا إن كان على الأصح . وقيل : يتحالفاً . ولو قارض رجلين على أن نصف الربح له ، والباقي بينهما سواء ، فربحاً ، ثم قال المالك : دفعت إليكما ألفين ، وصدّقه أحدهما ، وقال الآخر : بل ألفاً ، لزم المقر ما قرّ به ، وحلف الآخر وقضي له بموجب قوله . ولو كان الحاصل ألفين ، أخذ المنكر ربع الألف الزائد على ما قرّ به ، والباقي يأخذه المالك . ولو كان الحاصل ثلاثة آلاف ، فالمنكر يزعم أن الربح ألفان ، له منها خمسمائة ، فتسلّم له ، ويأخذ المالك من الباقي ألفين عن رأس المال ، يبقى خمسمائة يتقاسمها - المالك والمقر - أثلاثاً ، لاتفاقهم على أن ما يأخذه

المالك مثلاً ما يأخذه كل عامل ، وما أخذه المنكر ، كالتالف . ولو قال المالك : رأس المال دنانير ، فقال العامل : بل دراهم ، صدق العامل .
الثامنة : اختلفا في أصل القراض ، فقال المالك : دفعت إليك لتشتري لي بالوكالة ، وقال القابض : بل قارضتي ، فالصدق المالك . فإذا حلف أخذ المال وربحه ، ولا شيء عليه للآخر .

قلت : لو دفع إليه ألفاً ، ففلف في يده ، فقال : دفعته قرضاً ، فقال العامل : بل قراضاً ، قال في « المدة » ، ود البيان ، : بينة العامل أولى في أحد الوجهين . والله أعلم

فصل

في مسائل منثورة

إحداها : ليس لمعامل القراض التصرف في الخمر بيعاً ولا شراءً وإن كان ذمياً ، فإن خالف واشترى خمرأ ، أو خنزيراً ، أو أم ولد ، ودفع المال في ثمنه ، ضمن ، عالمأ كان أو جاهلاً ، لأن الضمان لا يختلف بهما . هذا هو الصحيح ، وبه قطع الجمهور . وقيل : لا ضمان في العلم والجهل ، وهو شاذ ضعيف . وقيل : يضمن في العلم دون الجهل . وقيل : يضمن في الخمر مطلقاً ، ولا يضمن في أم الولد مع الجهل .

قلت : الوجه المذكور في شراء الخمر عالمأ ، أنه لا يضمنه ، هو في الذمي دون المسلم ، لأنه يمتدحه مالاً ، قاله في « البيان » . والله أعلم

الثانية : قارضه على أن ينقل المال إلى موضع كذا ، ويشترى من أمتعه ثم

يبيعها هناك ، أو يردّها إلى موضع القراض ، قال الامام : قال الأكثرون بفساد القراض ، لأن نقل المتاع من بلد إلى بلد ، [عمل] زائد على التجارة ، فأشبه شرط الطحن والخبز ، ويخالف ما إذا أذن له في السفر ، فان الغرض منه نفي الحرج . وقال الاستاذ أبو إسحاق وطائفة من المحققين : لا يضر شرط المسافرة ، فانها الركن الأعظم في الأموال النفيسة .

الثالثة : قال : خذ هذه الدراهم قراضاً ، وصارِف بها مع الصيارفة ، ففي صحة مصارفته مع غيرهم وجهان . وجه الصحة : أن مقصوده التصرف مصارفة .

الرابعة : خلط العامل مال القراض بماله ، صار ضامناً ، وكذا لو قارضه رجلان ، فخلط مال أحدهما بالآخر ، وكذا لو قارضه واحد على مالين بمقدين ، فخلطهما ، ضمن . فلو دفع إليه ألفاً قراضاً ، ثم ألفاً ، وقال : ضمه إلى الأول ، فان لم يكن تصرف بعد في الأول ، جاز ، وكأنه دفعها إليه ممّا ، وإن كان تصرف في الأول ، لم يجز القراض في الثاني ، ولا الخلط ، لأن الأول استقر حكمه بالتصرف ربحاً وخساراً ، وربح كل مال وخسرانه يختص به . ولو دفع إليه ألفاً قراضاً ، وقال : ضم إليه ألفاً من عندك على أن يكون ثلث ربحها لك وثناء لي ، أو بالعكس ، فسد القراض ، لما فيه من شرط التفاوت في الربح مع التساوي في المال ، ولا نظر إلى العمل بعد الشركة في المال . ولو دفع إليه زيد ألفاً قراضاً ، وعمرو كذلك ، فاشتري لكل واحد عبداً بألف ، ثم اشتبها عليه ، فقولان . أحدهما : ينقلب شراء العبد له ، ويغرم لها ، لتفريطه . ثم المغرور عند الأكثرين الألفان . وقيل : يغرم قيمة العبد وإن زادت . والقول الثاني : يباع العبدان ، ويقسم الثمن بينهما . فان حصل ربح ، فهو بينهما على حسب الشرط . وإن حصل خسران ، قال الأصحاب : يلزمه ضمانه ، لتقصيره . واستدرك المتأخرون فقالوا : إن كان لانخفاض السوق ، لا يضمن ، لأن غايته أن يجعل كالفاسد ، والغاصب لا يضمن انخفاض السوق .

قال الامام : والقياس مذهب ثالث غير القولين ، وهو أن يبقى المبدان لهما على الاشكال إن لم يصطلحا .

قلت : قال الجرجاني في « المعاينة » : [و] لا يتصور خسران على العامل في غير هذه المسألة .

وبقي من الباب مسائل .

منها : لو دفع إليه مالا وقال : إذا مت فتصرف فيه بالبيع والشراء ، ولك نصف الربح ، فمات ، لم يكن له التصرف ، بخلاف ما لو أوصى له بمنفعة عين ، لأنه تعليق ، ولأن القراض يبطل بالموت لو صح . ولو قارضه على نقد ، فتصرف العامل ثم أبطل السلطان النقد ، ثم انفسخ القراض ، قال صاحب « العدة » و « البيان » : رد مثل النقد المعقود عليه على الصحيح . وقيل : من الحادث . ولو مات العامل ولم يعرف مال القراض من غيره ، فهو كمن مات وعنده ودیعة ولم يعرف عينها ، وميأتي بيانه في كتاب الوديعة إن شاء الله تعالى .

ولو جنى عبد القراض ، قال في « العدة » : للعامل أن يفديه من مال القراض

على أحد الوجهين كالنفقة عليه . والله أعلم

كتاب المساقاة

هي أن يعامل إنسان [إنساناً] على شجرة ليتعهدا بالسقي والتريية ، على أن مارزق الله تعالى من الثمرة يكون بينهما ، وفيه بابان .

[الباب الأول : في أركانها ، وهي خمسة .

[الركن الأول : العاقدان ، وسبق بيانها في القراض .

و[الركن الثاني : متعلق العمل ، وهو الشجر ، وله ثلاثة شروط .

[الشروط الأول : أن يكون نخلاً أو عنباً ، فأما غيرها من النبات ، فقسمان .

[القسم الاول] : ماله ساق ، ومالا . والاول ضربان .

[الضرب الأول : ماله ثمرة كالتين ، والجوز ، والمشمش ، والتفاح ونحوها ،

وفيه قولان . القديم : جواز المساقاة عليها . والجديد : المنع . وعلى الجديد ، في شجر المقتل وجهان ، جوّزها ابن سريج ، ومنعها غيره .

قلت : الاصح : المنع . والله أعلم

[الضرب الثاني : مالا ثمرة له ، كالذئب والخيل وغيره ، فلا تجوز المساقاة

عليه . وقيل : في الخلاف وجهان لاغصانه .

[القسم الثاني : مالا ساق له ، كالبطيخ ، والقثاء ، وقصب السكر ، والباذنجان ،

والبقول التي لا تثبت في الارض ولا تجزء إلا مرة واحدة ، فلا تجوز المساقاة عليها ،

كما لا تجوز على الزرع . فان كانت تثبت في الارض وتجزء مرة بعد مرة ، فالذهب

المنع . وقيل : وجهان . أصحها : المنع .

الشرط الثاني : أن تكون الاشجار مرئية، وإلا ، فباطل على المذهب. وقيل:
قولان ، كيباع الغائب .

الشرط الثالث : أن تكون معينة . فلو ساقاه على أحد الحائطين ، لم يصح .
الركن الثالث : الثمار . فيشترط اختصاصها بالعاقدين مشتركة بينهما معلومة ،
وأن يكون العلم بها من حيث الجزئية دون التقدير . فلو شرطاً بمض اثمار لثالث،
أو كليهما لأحدهما ، فسدت المساقاة . وفي استحقاق الاجرة عند شرط الكل للمالك
وجهان كالفراض . أصحها : المنع، لانه عمل مجاناً . ولو قال : ساقيتك على أن
لك جزءاً من الثمرة ، فسدت . ولو قال : على أنها بيننا ، أو على أن نصفها لي،
أو نصفها لك، وسكت عن الباقي ، أو على [أن] ثمرة هذه النخلة أو النخلات لي،
أو لك ، والباقي بيننا، أو على أن صاعاً من الثمرة لي ، أو لك ، والباقي بيننا ، فحكمه
كله كما سبق في الفراض . وفي التثمة ، وجه شاذ : أنه تصح المساقاة إذا شرط
كل الثمرة للعامل ، لفرض القيام بمصلحة الشجر .

فصل

إذا ساقاه على ودي^(١) ليفرسه ويكون الشجر بينهما ، أو ليفرسه ويتعمده مدة
كذا ، واثمرة بينهما ، فهو فاسد على الصحيح . وقيل : يصح فيها ، للحاجة . وقيل:
يصح في الثاني . فعلى الصحيح : إذا عمل في هذا الفاسد ، استحق أجرة المثل إن
كانت الثمرة متوقعة في هذه المدة ، وإلا ، فعلى الوجهين في شرط الكل للمالك .
ولو ساقاه على ودي مفروس ، فإن قدراً المقدم مدة لا يثمر فيها ، لم تصح المساقاة،
نخلوها عن الفرض . وفي استحقاقه أجرة المثل ، الخلاف السابق . قال الامام : هذا
إذا كان عالماً بأنها لا تثمر فيها ، فإن جهل ذلك ، استحق الاجرة قطعاً . وإن قدر

(١) الودي : صفار الفيل ، واحدته : ودية .

بعدة يثمر فيها غالباً ، صح ، ولا يضر كون أكثر المدة لا ثمر فيها ، فان اتفق أنها لم تثمر ، لم يستحق العامل شيئاً ، كما لو قارضه فلم يربح ، أو ساقاه على النخيل المثمرة فلم تثمر ، وإن قدر عدة تحتل الاثمار وعدمه ، لم يصح على الأصح ، كما لو أسلم في معدوم إلى وقت يحتمل وجوده وعدمه . والثاني : يصح . فان أثرت ، استحق ، وإلا ، فلا شيء له . وعلى الأول : يستحق الأجرة إن لم تثمر ، لأنه عمل طامعاً . هذه طريقة جمهور الأصحاب ، وجعلوا توقع الثمرة ثلاثة أقسام كما ذكرنا . وقيل : إن غلب وجودها في تلك المدة ، صح ، وإلا ، فوجهان . وقيل : إن غلب عدمها ، لم يصح ، وإلا ، فوجهان .

فرع

دفع إليه ودبياً ليفرسه في أرض نفسه ، على أن يكون الفراس للدافع ، والثمر بينها ، فهو فاسد ، وللعامل عليه أجرة مثل عمله وأرضه . ولو دفع إليه أرضه ليفرسها بودي نفسه ، على أن تكون الثمرة بينها ، ففاسد أيضاً ، ولصاحب الأرض أجرتها على العامل .

فصل

في جواز المساقاة بعد خروج الثمار ، قولان . أظهرهما : الجواز . وفي موضع القولين طرق . أصحابها : أنها فيما قبل بدو الصلاح ، فأما بعده ، فلا يجوز قطعاً . والثاني : القولان فيما لم ينفذ نضجه . فان تناهى ، لم يجز قطعاً . والثالث : طردها في كل الأحوال . ولو كان بين النخيل بياض ، بحيث تجوز المزارعة عليه تبعاً للمساقاة ،

فكان فيه زرع موجود ، ففي جواز الزراعة تبعاً ، وجهان بناءً على هذين القولين .

فصل

إذا كان في الحديقة نوعان من التمر فصاعداً ، كالصيحاني ، والمجوة ، والدقل ، فساقاه على أن له النصف من الصيحاني ، أو من المجوة الثلث ، فان علما قدر كل نوع ، جاز ، وإن جم-له أحدهما ، لم يجوز . ومعرفة كل نوع إما تكون بالنظر والتخمين دون التحقيق . وإن ساقاه على النصف من الكل ، جاز وإن جهلا قدر النوعين . ولو ساقاه على أنه إن سقى بماء السماء ، فله الثلث ، أو بالدالية ، فالنصف ، لم يصح ، للجهل . ولو ساقاه على حديقته بالنصف على أن يساقيه على أخرى بالثلث ، أو على أن يساقيه العامل على حديقته ، ففساد . وهل تصح المساقاة الثانية ؟ ينظر ، إن عقدها وفاءً بالشرط الأول ، لم يصح ، وإلا ، فيصح ، ومسبق نظيره في الرهن .

فرع

حديقة بين اثنين مناصفة ، ساقى أحدهما صاحبه وشرط له ثلثي الثمار ، صح وقد شرط له ثلث ثمرته . وإن شرط له ثلث الثمار ، أو نصفها ، لم يصح ، لأنه لم يثبت له عوضاً بالمساقاة ، فانه يستحق النصف بالملك . وإذا عمل ، ففي استحقاقه الاجرة الوجهان . ولو شرط له جميع الثمار ، فسد ، وفي الاجرة وجهان ، لأنه لم يعمل له إلا أنه انصرف إليه .

قلت : أصحابها : له الاجرة . والله أعلم

ولو شرط في المساقاة مع الشريك أن يتعاونوا على العمل ، فسدت وإن أثبت له زيادة على النصف ، كما لو ساق أجنبياً على هذا الشرط . ثم إن تعاونوا واستويا في العمل ، فلا أجرة لواحد منها . وإن تفاوتوا ، فإن كان عمل من شرط له الزيادة أكثر ، استحق على الأجرة بالحصصة من عمله . وإن كان عمل الآخر أكثر ، ففي استحقاقه الأجرة الوجهان . أما لو أعانه من غير شرط ، فلا يضر . ولو ساق الشريك أجنبياً ، وشرطاً له جزءاً من ثمرة كل الحديقة ، ولم يعلم نصيب كل واحد منها ، جاز . فإن قالوا : على أن لك من نصيب أحدها النصف ، ومن نصيب الآخر الثلث ، من غير تعيين ، لم يصح ، وإن عينا ، فإن علم نصيب كل واحد ، صح ، وإلا ، فلا .

فرع

كانت الحديقة لواحد ، فساق اثنين على أن لأحدهما نصف الثمرة ، وللآخر ثلثها ، في صفقة ، أو صفتين ، جاز إن عيّن مَنْ له النصف ومن له الثلث .

فرع

حديقة بين ستة أسداساً ، فساقوا رجلاً على أن له من نصيب واحد عيّنوه النصف ، ومن نصيب الثاني الربع ، ومن الثالث الثمن ، ومن الرابع الثلثين ، ومن الخامس الثلث ، ومن السادس السدس ، فحسابه أن يخرج النصف والربع بدخولان في مخرج الثمن ، ويخرج الثلثين والثلث بدخول في السدس ، تبقى ستة وثمانية ، يضرب وفق (١) أحدهما في الآخر ، تبلغ أربعة وعشرين ، تضربه في عدد

(١) الوفق : حاصل قسمة العدد على أصغر عدد يقبل القسمة عليه ، وهو هنا اثنان .

الشركاء وهو ستة ، تبلغ مائة وأربعة وأربعين ، لكل واحد منهم أربعة وعشرون ،
فيأخذ العامل من شرط له النصف اثني عشر ، ومن الثاني ستة ، ومن الثالث
ثلاثة ، ومن الرابع ستة عشر ، ومن الخامس ثمانية ، ومن السادس أربعة ، فيجتمع له
تسعة وأربعون .

الركن الرابع : العمل ، [وشروطه] قرية من عمل القراض وإن اختلفا
في الجنس .

فمنها : أن لا يُشترط عليه عمل ليس من أعمال المساقاة .

ومنها : أن يستبدَّ العامل باليد في الحديقة ليتمكن من العمل متى شاء .

فلو شرطاً كونه في يد المالك ، أو مشاركته في اليد ، لم يصح . ولو سلَّم
المفتاح إليه ، وشرط المالك الدخول عليه ، جاز على الصحيح . ووجه الثاني : أنه
إذا دخل ، كانت الحديقة في يده ، ويتعوض بمحضوره عن العمل .

ومنها : أن ينفرد العامل بالعمل .

فلو شرطاً مشاركة المالك في العمل فسد العقد ، وإن شرطاً أن يعمل معه غلام المالك ،
جاز على المذهب والنصوص . وقيل : وجهان كالقراض . هذا إذا شرطاً معارضة الغلام ،
ويكون تحت تدبير العامل . ولو شرطاً اشتراكها في التدبير ، ويعملان ما اتفقا عليه ، لم يحز
بلا خلاف . وإذا جوزناه في الأول ، فلا بد من معرفة الغلام بالرؤية أو الوصف .
وأما نفقته ، فإن شرطاً على المالك ، جاز ، وإن شرطاً على العامل ، جاز أيضاً
على الأصح . وعلى هذا ، هل يجب تقديرها ليعرف ما يدفع إليه كل يوم من الخبز
والأثدِّم ، أم لا بل يحمل على الوسط المعتاد لأنه يتسامح به ؟ وجهان ، وبالثاني
قطع الشيخ أبو حامد . وإن شرطاً في الثمار ، فقطع البغوي بالمنع ، لأن ما يبقى
مجهول . وقال صاحب « الافصاح » : يجوز ، لانه قد يكون من صلاح المال ، ويشبه أن
يتوسط فيقال : إن شرطاً من جزء معلوم ، بأن شرطاً المالك ثلث الثمار ، وللعامل ثلثها ،
وبصرف الثلث الثالث إلى نفقة الغلام ، جاز ، وكان الشروط للمالك ثلثها . وإن شرطاً في
الثمار بنير تدبر جزء ، لم يصح . ولو لم يتعرض للنفقة أصلاً ، فالذهب والذي قطع به

الجمهور : أنها على المالك . وفي وجه : على العامل ، حكاة في « المذهب » . ولصاحب « الافصاح » احتمالات آخران . أحدهما : أنها من الثمرة ، والآخر ، يفسد العقد ، ولا يجوز للعامل استعمال الفلام في عمل نفسه . ولو شرط أن يعمل له ، بطل العقد . ولو كان له يرسم الحديقة غلمان يعملون فيها ، لم يدخلوا في مطلق المساقاة . ولو شرط استئجار العامل من يعمل معه من الثمرة ، بطل العقد . ولو شرط كون أجرة من يعمل معه على المالك ، بطل على المذهب ، وبه قطع الأصحاب ، وشذ الغزالي ، فذكر في جوازه وجهين .

فصل

يشترط لصحة المساقاة ، أن تكون مؤقتة . فان وقت بالشهور أو السنين العربية ، فذاك ، ولو وقت بالرومية وغيرها ، جاز إذا علمها ، فان أطلقا لفظ السنة ، انصرف إلى العربية . وإن وقت بادراك الثمرة ، فهل يبطل كالأجرة ، أم يصح لأنه المقصود ؟ وجهان . أصحابها عند الجمهور : أولها ، وبه قطع البغوي ، وصحح الغزالي الثاني . فعلى الثاني لو قال : ساقيتك سنة ، وأطلق ، فهل يحمل على السنة العربية ، أم سنة الادراك ؟ وجهان ، زعم أبو الفرج السرخسي [أن] أصحابها : الثاني . فان قلنا بالأول ، أو وقت بالزمان ، فأدركت الثمار والمدة باقية ، لزم العامل أن يعمل في تلك البقية ، ولا أجرة له . وإن انقضت المدة وعلى الشجر طلع أو بلح ، فللعامل نصيبه منها ، وعلى المالك التمسك إلى الادراك . وإن حدث الطلع بعد المدة ، فلا حق للعامل فيه . ولو ساقاه أكثر من سنة ، ففي صحته الأقوال التي سنذكرها إن شاء الله تعالى في الاجارة أكثر من سنة ، فان جوزنا ، فهل يجب بيان حصة كل سنة ، أم يكفي قوله : ساقيتك على النصف لاستحقاق النصف كل سنة ؟

قولان ، أو وجهان كالأجارة . وقيل : يجب هنا قطعاً ، لكثرة الاختلاف في الثمر ، بخلاف النافع ، فلو فaut بين الجزء المشروط في السنين ، لم يصح على المذهب . وقيل : قولان كالسالم إلى آجال . ولو ساقاه سنين ، وشرط له ثمرة سنة بعينها ، والأشجار بحيث تثمر كل سنة ، لم يصح .

قلت : ولو ساقاه تسع سنين ، وشرط له ثمرة العاشرة ، لم يصح قطعاً ، وكذا إن شرط له ثمرة التاسعة على الصحيح . والله أعلم

الركن الخامس : الصيغة ، ولا تصح المساقاة بدونها على الصحيح . وفيها الوجه المكتفى في العقود بالتراضي ، والمعاطاة ، وكذا في القراض وغيره . ثم أشهر الصيغ : ساقيتك على هذه النخيل بكذا ، أو عقدت معك عقد المساقاة . قال الأصحاب : وينمقد بكل لفظ يؤدي معناها ، كقوله : سلّيت إليك نخيلي لتتمدها على كذا ، أو اعمل على هذا النخيل ، أو تمده نخيلي بكذا ، وهذا الذي قالوه ، يجوز أن يكون تقريباً على أن مثله من العقود ينمقد بالكناية ، ويجوز أن يكون ذهاباً إلى أن هذه الألفاظ صريحة ، ويعتبر في المساقاة ، القبول قطعاً ، ولا يجيء فيها الوجه المذكور في القراض والوكالة ، للزومها .

فرع

لو عقدا بلفظ الاجارة ، فقال : استأجرتك لتتمده نخيلي بكذا من ثمارها ، أو عقدا الاجارة بلفظ المساقاة ، فوجهان في المسألتين . أحدهما : الصحة ، لا بين البابين من المشابهة ، واحتمال كل لفظ معنى الآخر . وأصحابها : المنع ، لأن لفظ الاجارة صريح في غير المساقاة ، فإن أمكن تنفيذه في موضوعه ، نفذ فيه ، وإلا ، فلا ، وهو

إجارة فاسدة، والخلاف راجع إلى أن الاعتبار باللفظ أو المعنى ؟ ولو قال : ساقيتك على هذه النخيل بكذا ليكون أجره لك، فلا بأس، لسبق لفظ المساقاة . هذا إذا قصدنا بلفظ الاجارة المساقاة ، أما إذا قصدنا الاجارة نفسها ، فينظر ، إن لم تكن خرجت الثمرة ، لم يجز ، لأن شرط الأجرة أن تكون في الذمة ، أو موجودة معلومة . وإن كانت خرجت ، وبدا فيها الصلاح ، جاز ، سواء شرط ثمرة نخلة معينة ، أو جزءاً شائئاً ، كذا أطلقوه ، ولكن يجيء فيه ما سنذكره إن شاء الله تعالى في مسألة قفيز الطحان وأخواتها . وإن لم يبد فيها الصلاح ، فإن شرط له ثمرة نخلة بعينها ، جاز بشرط القطع ، وكذا لو شرط كل الثمار للعامل . وإن شرط جزءاً شائئاً ، لم يجز وإن شرط القطع ، لما سبق في البيع . وإذا عقدا بلفظ المساقاة ، فالصحيح : أنه لا يحتاج إلى تفصيل الأعمال ، بل يحمل في كل ناحية على عرفها الغالب . وقيل : يجب تفصيلها . وهذا الخلاف إذا علم المتعاقدان العرف المحمول عليه . فإن جهله أحدهما ، وجب التفصيل قطعاً .

الباب الثاني في أحكام المساقاة

ويجمعها حكمان . أحدهما : ما يلزم العامل والمالك . والثاني : في لزومها .
أما الأول : فكل عمل تحتاج إليه الثمار لزيادتها ، أو صلاح ، ويتكرر كل سنة ، فهو على العامل . وإنما اعتبرنا التكرار ، لأن ما يتكرر يبقى أثره بعد فراغ المساقاة ، وتكليف العامل مثل هذا ، لإجحاف به . فما يجب عليه السقي ، وما يتبعه من إصلاح طريق الماء والاجاجين ^(١) التي يقف فيها الماء ، وتنقيه الآبار والأنهار من الحمأة ونحوها ، وإدارة الدولاب وفتح رأس الساقية ، وسدها عند السقي ، على ما يقتضيه الحال .

(١) الاجاجين : ما يحوط على الأشجار شبه الأحواض .

وفي تنقية النهر وجه ضئيف : أنها على المالك . ووجه : أنها على من شرطت عليه منها . فإن لم يذكرها ، فسد العقد .

ومنه : تقليب الأرض بالمساحي وكرابها في المزارعة . قال المتولي : وكذا تقويتها بالزبل ، وذلك بحسب العادة .

ومنه : التلقيح ، ثم الطلع الذي يلقح به على المالك ، لأنه عين مال ، وإنما يكلف العامل العمل .

ومنها : تنحية الحشيش المضر ، والقضبان المضرّة بالشجر .

ومنه : تصريف الجريد . - والجريد : سعف النخل . - وحاصل ماقلوه في تفسيره شيثان . أحدهما : قطع ما يضر تركه يابساً وغير يابس . والثاني : ردها عن وجوه المناقيد وتسوية المناقيد بينها لتصحيحها الشمس ، ولينير قطعها عند الإدراك .

ومنه : تعريش شجر العنب حيث جرت العادة به . قال المتولي : ووضع الحشيش فوق المناقيد صوتاً لها عن الشمس عند الحاجة . وفي حفظ الثمار ، وجهان . أحدهما : على العامل كحفظ مال القراض . فإن لم يحفظ بنفسه ، فعليه مؤنة من يحفظه . والثاني : على العامل والمالك جميعاً بحسب اشتراكهما في الثمار ، لأن الذي يجب على العامل ما يتعلق بزيادة الثمر وتنقيته ، ويجري الوجهان في حفظ الثمر عن الطيور والزناير ، بأن يجعل كل عنقود في قنّوصرة ، فيلزم ذلك على العامل على الأصح (١) عند جريان العادة [به] وهذه القنّوصرة على المالك ، ويلزم العامل جداد الثمرة على الصحيح ، وبه قطع الأكثرين ، لأنه من الصلاح . وقيل : لا ، لأنه بعد الفراغ . ويلزمه تجفيف الثمار على الصحيح إذا طردت العادة ، أو شرطاه . وإذا وجب التجفيف ، وجب تهئية موضعه وتسويته ، ويسمى : البيدر والجرين ، ونقل الثمار إليه ، وتقليبها في الشمس .

وأما ما لا يتكرر كل سنة ويقصد به حفظ الأصول ، فهو من وظيفة المالك ، وذلك كحفر الآبار والأنهار الجديدة ، وإثني انهارت ، وبناء الحيطان ، ونصب

(١) في نسخ الظاهرية : فيلزم العامل ذلك على الأصح .

الأبواب والدولاب ونحوها . وفي ردم الثلم اليسيرة التي تتفق في الجدران ، ووضع الشوك على رأس الجدار ، وجهان كتنقيمة الأنهار . والأصح : اتباع العرف . وأما الآلات التي يتوفر بها العمل ، كالفأس ، والممول ، والمنجل ، والمسحاة ، والثيران ، والفدان في المزرعة ، والثور الذي يدير الدولاب ، فالصحيح : أنها على المالك . وقيل : هي على من شرطت عليه ، ولا يجوز السكوت عنها ، وبه قال أبو إسحاق ، وأبو الفرج السرخسي . وخراج الأرض الخراجية على المالك قطعاً ، وكذا كل عين تلف في العمل ، فعلى المالك قطعاً . ثم كل ما وجب على العامل ، فله استئجار المالك عليه ، ويحيى فيه وجه . ولو شرطه على المالك في العقد ، بطل العقد ، وكذا ما على المالك لو شرطه على العامل ، بطل العقد ، ولو فعله العامل بلا إذن ، لم يستحق شيئاً ، وإن فعله باذن المالك ، استحق الاجرة . وجميع ما ذكرناه تفريع على الصحيح ، في أن تفصيل الأعمال لا يجب في العقد . فان أوجبناه ، فالمتبع الشرط ، إلا أنه لا يجوز أن يكون الشرط مغيراً مقتضى العقد .

الحكم الثاني : المساقاة عقد لازم كالاجارة ، ويملك العامل حصته من الثمرة بالظهور على المذهب . وقيل : قولان كالقراض . والفرق على المذهب : أن الربح في القراض وقاية لرأس المال ، بخلاف الثمر .

فصل

إذا هرب العامل قبل تمام العمل ، نظر ، إن تبرع المالك بالعمل ، أو بمؤنة من يعمل ، بقي استحقاق العامل بحاله ، وإلا ، رفع الأمر إلى الحاكم ، وأثبت عنده المساقاة ليطالبه الحاكم ، فان وجده ، أجبره على العمل ، وإلا ، استأجر عليه من يعمل . ومن أين يستأجر؟ ينظر ، إن كان للعامل مال ، فنه ، وإلا ، فان كان بعد بدو الصلاح ،

باع نصيب العامل كله أو بعضه بحسب الحاجة للمالك أو غيره ، واستأجر بشئنه . وإن كان قبل بدوّ الصلاح ، إما قبل خروج الثمرة ، أو بعده ، استقرض عليه من المالك أو غيره ، أو من بيت المال ، واستأجر به ، ثم يقضيه العامل إذا رجع ، أو يقضى من نصيبه من الثمرة بعد بدوّ الصلاح ، أو الإدراك . ولو وجد من يستأجره بأجرة مؤجلة ، استغنى عن الاقتراض . وإن فعل المالك بنفسه ، أو أنفق عليه ليرجع ، ينظر ، إن قدر على مراجعة الحاكم ، أو لم يقدر وقدر على الاشهاد فلم يفعل ، لم يرجع . وإن لم يمكنه الاشهاد ، ففي رجوعه وجهان . أحدهما عند الجمهور : لا يرجع ، لأنه عذر نادر . وحكي وجه : أنه يرجع وإن تمكن من الاشهاد ، وهو شاذ . وإن أشهد ، رجع على الأصح ، للضرورة . وقيل : لا ، لثلاث أسباب : أحدها ، أنه يشهد على العمل أو الاستئجار ، وأنه بذل ذلك بشرط الرجوع . فأما الاشهاد على العمل أو الاستئجار من غير تعرض للرجوع ، فهو كترك الاشهاد ، قاله في « الشامل » . وإذا أنفق المالك باذن الحاكم ليرجع ، فوجهان . وجه المنع : أنه متهم في حق نفسه . فطريقه : أن يسلم المال إلى الحاكم ليأمر غيره بالانفاق . ولو استأجره لباقي العمل ، فوجهان بناءً على ما لو أجر داره ثم استأجرها من المستأجر . ومتى تعذر إتمام العمل بالاستقراض وغيره ، فإن لم تكن الثمرة خرجت ، فللمالك فسخ العقد على الصحيح ، للتعذر والضرورة . وقال ابن أبي هريرة : لا يفسخ ، لكن يطلب الحاكم من يساقى عن العامل ، فربما فضل له شيء . وإن كانت الثمرة قد خرجت ، فهي مشتركة بينهما . فإن بدا صلاحها ، بيع نصيب العامل كله أو بعضه بقدر ما يستأجر به عامل . وإن لم يبد ، تعذر [بيع] نصيبه وحده ، لأن شرط القطع في المشاع لا يكفي . فاما أن يبيع المالك نصيبه معه ليشترط القطع في الجميع ، وإما أن يشتري المالك نصيبه ، فيصح على الأصح

في أن يبيع الثمار قبل بدو* الصلاح لصاحب الشجرة يكفي عن اشتراط القطع .
فان لم يرغب في بيع ولا شراء ، وقف الأمر حتي بصطلحا . وهذا كله تفريع
على أنه لا يثبت الفسخ بعد خروج الثمرة ، وهو الصحيح . وقال في « المذهب » :
يفسخ ، وتكون الثمرة بينها ، ولا يكاد يفرض للفسخ بعد خروج الثمرة فائدة .
ويتفرع على ثبوت الفسخ قبل خروج الثمرة فرعان .

أحدهما : إذا فسخ ، غرم المالك للعامل أجره مثل ما عمل ، ولا يقال بتوزيع
اثار على أجره مثل جميع العمل ، إذ اثار ليست موجودة عند العقد حتي يقتضي
العقد التوزيع فيها .

الثاني : جاء أجنبي وقال : لا تنسخ لأعمل نيابة عن العامل ، لم يلزم الاجابة ،
لانه قد لا يأنتمه ولا يرضى بدخوله ملكه . لكن لو عمل نيابة بغير علم المالك ،
وحصلت الثمار ، سلم للعامل نصيبه منها ، وكان الاجنبي متبرعاً [عليه] ، هكذا قالوه .
ولو قيل : وجود التبرع كوجود مقرض حتي لا يجوز الفسخ ، لكان قريباً .
والمعجز عن العمل بمرض ونحوه كالهرب .

(١) فصل

ولو مات مالك الشجر في أثناء المدة ، لم تنسخ المساقاة ، بل يستمر
العامل ويأخذ نصيبه . وإن مات العامل ، فان كانت المساقاة على عينه ، انفسخت
بموته كالاجير [الممين] . وإن كانت على الزمة ، فوجهان . أحدهما : تنسخ ، لانه
لا يرضى بيد غيره . والثاني وهو الصحيح وعليه التفريع : لا تنسخ كالاجارة ،
بل ينظر إن خلف تركة ، ثم وارثه العمل ، بأن يستأجر من يعمل ، وإلا ، فان
أتم العمل بنفسه ، أو استأجر من ماله من يتم ، فعلى المالك تمكينه إن كان أميناً
مهتدياً إلى أعمال المساقاة ، ويسلم له الشروط . وإن أبى ، لم يجبر عليه على الصحيح .
وقيل : يجبر ، لانه خليفة ، وهو شاذ ، لان منافعه لنفسه ، وإنما يجبر على أداء
ما على المورث من تركته . لكن لو خلف تركة ، وامتنع الوارث من الاستئجار منها ،

(١) كلمة « فصل » هذا زباده من مخطوطات الضاهرية ، وليست في الأصل .

استأجر الحاكم . وإن لم يخلف تركة ، لم يستقرض على الميت ، بخلاف الحي إذا هرب .
ومها لم يتم العمل ، فالقول في ثبوت الفسخ وفي الشركة وفصل الأمر إذا خرجت
الثمار ، كما ذكرناه في المرب . وهذا الذي ذكرناه من أن المساقاة تكون على العين
وفي الذمة ، هو تفريع على جوازها على العين ، وهو المذهب المقطوع به ، وتردد
فيها بعضهم ، لما فيها من التضيق .

فرع

نقل المتولي : أنه إذا لم تثمر الأشجار أصلاً ، أو تلفت الثمار كلها بجائحة ،
أو غصب ، فعلى العامل إتمام العمل وإن تضرّر به . كما أن عامل القراض يكلف
التنظيف وإن ظهر خسران ولم ينل إلا التعب . وهذا أصح مما ذكره البغوي : أنه
إذا تلفت الثمار كلها بالجائحة ، يفسخ العقد ، إلا أن يريد : بعد تمام العمل وتكامل الثمار .
قال : وإن هلك بعضها ، فالعامل الخيار ، بين أن يفسخ العقد ولا شيء له ، وبين أن
يحيز ويتم العمل ويأخذ نصيبه .

فصل

دعوى المالك على العامل السرقة والخيانة في الثمر أو السعف ، لا تقبل حتى
يبين قدر ما خان فيه ويحرّر الدعوى . فإذا حررها ، وأنكر العامل ، فالقول قول
العامل مع يمينه . فإن ثبتت خيانتة بيمينه ، أو باقراره ، أو بيمين المالك بعد نكوله ،
فقليل : قولان . أحدهما : يستأجر عليه من يعمل عنه . والثاني : يضم إليه أمين
يشرف عليه . وقال الجمهور : هي على حالين : إن أمكن حفظه بضم مشرف ، قنع به ،
وإلا ، أزيلت يده بالكلية ، واستؤجر عليه من يعمل . ثم إذا استؤجر عليه ، فالأجرة

في ماله . وأما أجرة المشرف ، فعليه أيضاً على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقال التولي : تبني على مؤنة الحفظ ، إن جعلناها على العامل ، فكذا أجرة المشرف ، وإن جعلناها عليها ، فكذا هنا . وقال في « الوسيط » : أجرة المشرف على العامل إن ثبتت حياته بالبينة ، أو باقراره ، وإلا ، فعلى المالك . وهذا الذي ذكره مشكل ، وينبغي إذا لم تثبت حياته أن لا يتمكن المالك من ضم مشرف إليه ، لما فيه من إبطال استقلاله باليد .

فصل

إذا خرجت الأشجار المساقى عليها مستحقة ، أخذها المالك مع الثمار إن كانت باقية . وإن جففاها ونقصت قيمتها بالتجفيف ، استحق الأرض أيضاً ، وبرجع [العامل على] الغاصب الذي ساقاه بأجرة المثل ، كما لو استأجر الغاصب من عمل في المصوب عملاً ، وقيل : لا أجرة ، تخريجاً على قولي الفرور ، [و] كما لو تلفت بجائحة . والصحيح : الأول . وإن أ تلفها ، فللمالك الخيار في نصيب العامل ، بين أن يطالب بضائه العامل أو الغاصب . والقرار على العامل على الصحيح . وقيل : على الغاصب ، كما لو أطعمه الطعام المصوب على قول . وأما نصيب الغاصب ، فللمالك مطالبته به . وفي مطالبته العامل به ، وجهان . أصحهما عند الجمهور : يطالبه ، لثبوت يده ، كما يطالب عامل القراض والمودع إذا خرج مستحقاً . والثاني : لا ، لأن يده لم تثبت عليه مقصودة . وعلى الوجهين يخرج ما إذا تلف جميع الثمار قبل القسمة بجائحة أو غصب ، فإن أثبتنا يد العامل عليها ، فهو مطالب ، وإلا ، فلا . ولو تلف شيء من الأشجار ، ففيه الوجهان . وإذا قلنا : يطالب العامل بنصيب

الناصب ، ففي رجوعه على الناصب الخلاف المذكور في رجوع المودع . والمذهب :
القطع بالرجوع .

فصل

إذا اختلفا في قدر الشروط للعامل ، ولا بينة ، تحالفا كما في القراض . وإذا
تحالفا وتفاخسا قبل العمل ، فلا شيء للعامل . وإن كان بمده ، فله أجرة مثل
عمله . وإن كان لاحدهما بينة ، قضى بها . وإن كان لكل منهما بينة ، فإن قلنا :
تساقطان ، وهو الاظهر ، فهو كما لو لم يكن لهما بينة ، فيتحالفان . وإن قلنا : تُستعملان ،
فيقرع بينهما . ولا يجيء قولنا الوقف والقسمة ، لان الاختلاف في العقد ، وهو لا يقسم
ولا يوقف . وقيل : تجيء القسمة في القدر المختلف فيه ، فيقسم بينهما نصفين .
ولو ساقاه شريكاً في الحديقة ، فقال العامل : شرطت لي نصف الثمر ، وصدقه أحدهما ، وقال
الآخر : بل شرطنا الثلث ، فنصيب المصدق مقسوم بينه وبين العامل . وأما نصيب
المكذب ، فيتحالفان فيه . ولو شهد المصدق للعامل أو المكذب ، قبلت شهادته ،
لعدم التهمة . ولو اختلفا في قدر الاشجار المعقود عليها ، أو في رد شيء من المال
أو هلاكه ، فالحكم كما ذكرناه في القراض .

فصل

إذا بدا صلاح الثمار ، فإن وثق المالك بالعامل ، تركها في يده إلى الادراك ،
فيقتسمان حينئذٍ إن جوزناها ، أو يبيع أحدهما نصيبه للثاني ، أو يبيعان لثالث . وإن
لم يثق به وأراد تضمينه الثمر أو الزبيب ، بني على أن الحرص عيبرة أو تضمين ؟

فإن قلنا: عبرة ، لم يجوز . وإن قلنا : تضمين ، جاز على الأصح كما في الزكاة .
ويجري الخلاف ، فيما لو أراد العامل تضمين المالك بالحرص .

فصل

إذا انقطع ماء البستان، وأمكن رده ، ففي تكليف المالك السمي فيه وجهان.
أحدهما : لا ، كما لا يكلف الشريك العمارة ولا المكري. والثاني : يكلف ، لانه
لا يتمكن من العمل إلا به، فأشبهه ماله استأجره لقضارة ثوب بمينه يكلف تسليمه.
فعلى هذا لو لم يسع في رده ، لزمه للعامل أجره عمله . ولو لم يمكن رد الماء ،
فهو كما لو تلفت الثمار بجائحة .

قلت : أصحابها : لا يكلف . والله أعلم

فصل

السواقط ، وهي السعف التي تسقط من النخل ، يختص بها المالك ، وما يتبع
الثلث ، فهو بينها . قال الشيخ أبو حامد : ومنه الشماريخ .

فصل

دفع بهيمة إليه ليعمل عليها ، وما رزق الله تعالى فهو بينها ، فالعقد فاسد .
ولو قال: تعهد هذه الغنم بشرط أن درّها ونسلها بيننا، فباطل أيضاً، لأن النماء لا يحصل
بعمله . ولو قال : اعلف هذه من عندك ولك نصف درّها ، ففعل ، وجب بدل

النصف على صاحب الشاة ، والقدر الشروط من الدّر لصاحب العلف مضمون
يده ، لحصوله بحكم بيع فاسد ، والشاة غير مضمونة ، لأنها غير مقابلة بالعوض . ولو قال :
خذ هذه واعلفها لتسمن ولك نصفها ، ففعل ، فالقدر الشروط منها لصاحب العلف
مضمون عليه ، دون الباقي .

فصل

قال المتولي : إذا كانت المساقاة في الذمة ، فللعامل أن يعامل غيره لينوب عنه .
ثم إن شرط له من الثمار مثل ما شرط المالك له أو دونه ، فذاك ، وإن شرط له
أكثر ، فعلى الخلاف في تفريق الصفقة . فإن جوزناه ، وجب للزيادة أجره المثل ،
وإن منعه ، فالأجرة للجميع . وإن كانت المساقاة على عينه ، لم يكن له أن
يستنيب ويعامل غيره ، فلو فعل ، انفسخت المساقاة بتركه العمل ، وكانت الثمار كلها
للمالك ، ولا شيء للعامل الأول . وأما الثاني ، فإن علم فساد العقد ، فلا شيء له ،
وإلا ، ففي استحقاقه أجره المثل الخلاف في خروج الثمار مستحقة .

فصل

بيع الحديقة التي ساقى عليها في المدة ، يشبه بيع العين المستأجرة ، ولم أر له
ذكر ، لكن في فتاوى البغوي : أن المالك إن باعها قبل خروج الثمرة ، لم يصح ، لأن
للعامل حقاً في ثمارها ، فكأنه استثنى بعض الثمرة . وإن كان بعد خروج الثمرة ،
صح البيع في الأشجار ونصيب المالك من الثمار ، ولا حاجة إلى شرط القطع ، لأنها
مبيعة مع الأصول ، ويكون العامل مع المشتري كما كان مع البائع . وإن باع نصيبه
من الثمرة وحدها ، لم يصح ، للحاجة إلى شرط القطع وتمذّره في الشائم .

قلت : هذا الذي قاله البغوي ، حسن ، وهذه المسألة ، لم يذكرها الرافعي هنا ،

بل في آخر كتاب الاجارة . والله أعلم

باب

المزراعة والمخابرة

قال بعض الاصحاب : هما بمعنى ، والصحيح وظاهر نص الشافعي رضي الله عنه :
أنهما عقدان مختلفان .

فالمخابرة : هي المعاملة على الارض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل .
والمزراعة مثلها ، إلا أن البذر من المالك . وقد يقال : المخابرة : اكتراء
الارض [ببعض ما يخرج منها] . والمزراعة : اكتراء العامل لزراع الارض ببعض
ما يخرج منها . والمعنى لا يختلف .

قلت : هذا الذي صححه الامام الرافعي ، هو الصواب . وأما قول صاحب « البيان » :
قال أكثر أصحابنا : هما بمعنى ، فلا يوافق عليه ، فنبت عليه اثلا يُعتَرَّ به .

والله أعلم

والمخابرة والمزراعة باطلتان ، وقال ابن سريج : تجوز الزراعة .
قلت : قد قال بجواز الزراعة والمخابرة من كبار أصحابنا أيضاً ، ابن خزيمة ،
وابن المنذر ، والخطابي وصنف فيها ابن خزيمة جزءاً ، وبين فيه علل الاحاديث الواردة
بالنهي عنها ، وجمع بين احاديث الباب ، ثم تابعه الخطابي وقال : ضعف أحمد
ابن حنبل حديث النهي ، وقال : هو مضطرب كثير الالوان . قال الخطابي : وأبطلها
مالك ، وأبو حنيفة ، والشافعي ، رضي الله عنهم ، لأنهم لم يقفوا على علته ، قال : فالزراعة
جائزة ، وهي عمل المسلمين في جميع الامصار ، لا يبطل العمل بها أحد . هذا كلام الخطابي .
والختار جواز الزراعة والمخابرة ، وتأويل الاحاديث على ما إذا شرط

أحدهما زرع قطعة معينة، والآخر أخرى^(١)، والمعروف في المذهب، إبطالهما، وعليه
تفريع مسائل الباب . والله أعلم

فتى أفردت الأرض للخبارة أو مزارعة ، بطل العقد . فإن كان البذر للمالك ،
فالغلة له، وللعامل أجره مثل عمله ، وأجرة البقر والآلات إن كانت له . وإن كان
البذر للعامل ، فالغلة له، والمالك الأرض عليه أجره مثلها . وإن كان لهما ، فالغلة
لها، ولكل واحد على الآخر أجره مثل ما أنصرف من منافعه إلى حصة صاحبه .
وإذا أراد أن يكون الزرع بينهما على وجه مشروع ، بحيث لا يرجع أحدهما على
الآخر بشيء ، نظر ، إن كان البذر بينهما ، والأرض لأحدهما ، والعمل والآلات
للآخر ، فلها ثلاث طرق .

أحدها ، قاله الشافعي رضي الله عنه : يعبر صاحب الأرض للعامل نصفها ،
ويتبرع العامل بمنفعة بدنه وآلاته لأنه مما يختص صاحب الأرض^(٢) .

الثاني ، قاله المزني : يكري صاحب الأرض للعامل نصفها بدينار مثلاً ، ويكثري
العامل ليعمل على نصيبه بنفسه وآلاته بدينار ، ويتقاصان .

الثالث، قاله الأصحاب: يكريه نصف أرضه بنصف منافع العامل وآلاته، وهذا أحوطها.
وإن كان البذر لأحدهما ، فإن كان لصاحب الأرض ، أقرض نصفه للعامل
وأكرام نصف الأرض بنصف عمله ونصف منافع آلاته ، ولا شيء لأحدهما
على الآخر إلا ردّ العوض . وإن شاء استأجر العامل بنصف البذر ، ليزرع له

(١) عن رافع بن خديج رضي الله عنه قال : كنا أكثر الأنصار حقلاً ، فكنا نكثري الأرض
على أن لنا هذه ، ولهم هذه ، فربما أخرجت هذه ، ولم تخرج هذه ، فنهانا النبي صلى الله عليه وسلم عن
ذلك ، وأما الورق فلم ينهنا . متفق عليه .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية في « المسائل الماردينية » طبع المكتب الإسلامي ص ١٠٣ : إذ قد
يحصل لأحدهما شيء ، والآخر لا يحصل له شيء ، وهذا هو الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم في
الخبارة والمزارعة ، فإنهم كانوا يماطلون على الأرض بزرع بقعة معينة من الأرض للمالك ، فأما المزارعة،
فجائزة بلا ريب .

(٢) في نسخ الظاهرية : ويتبرع العامل بمنفعة بدنه وآلاته مما يخص صاحب الأرض .

النصف الآخر ، وأعاره نصف الأرض ، وإن شاء استأجره بنصف البذر ونصف منفعة تلك الأرض ليزرع باقي البذر في باقي الأرض . وإن كان البذر للعامل ، فإن شاء أقرض نصفه لصاحب الأرض واكترى منه نصفها بنصف عمله وعمل آلاته ، وإن شاء اكترى نصف الأرض بنصف البذر وتبرع بعمله ومنافع آلاته ، وإن شاء اكترى منه نصف الأرض بنصف البذر ونصف عمله ومنافع آلاته .

ولا بد في هذه الاجارات من رعاية الشرائط ، كروية الأرض والآلات ، وتقدير المدة وغيرها . هذا كله إذا أفردت الأرض بالعقد . أما إذا كان بين النخيل بياض ، فتجوز المزارعة عليه مع المساقاة على النخيل ، ويشترط فيه اتحاد العامل ، فلا يجوز أن يساقى واحداً ، ويزارع آخر ، ويشترط أيضاً تعذر أفراد النخيل بالسقي ، والأرض بالمهارة ، لانتفاع النخل بسقي الأرض وتقليبها ، فإن أمكن الافراد ، لم تجز المزارعة .
واختلفوا في اعتبار أمور .

أحدها : اتحاد الصفقة ، فلفظ المعاملة ، يشمل المزارعة والمساقاة . فلو قال : عاملتك على هذا النخيل والبياض بالنصف ، كفى . وأما لفظ المساقاة والمزارعة ، فلا يعني أحدهما عن الآخر ، بل يساقى على النخيل ، ويزارع على البياض ، وحينئذ إن قدم المساقاة ، نظر ، إن أتى بها على الاتصال ، فقد اتحدت الصفقة ووجد الشرط ، وإن فصل بينها ، فقيل : تصح المزارعة ، لحصولها لشخص . والأصح : المنع ، لأنها تبع ، فلا تفرد كالأجنبي . وإن قدم المزارعة ، فسدت على الصحيح ، لأنها تابعة . وقيل : تنعقد موقوفة . فإن ساقاه بعدها ، بانت صحتها ، وإلا ، فلا .

الثاني : لو شرط للعامل نصف الثمر ، وربع الزرع ، جاز على الأصح . وقيل : يشترط التساوي ، لأن التفضيل يزيل التبعية .

الثالث : لو كثر البياض المتخلل مع عسر الافراد ، فقيل : يبطل ، لان الاكثر

متبوع لا تابع . والأصح : الجواز ، للحاجة . ثم النظر في الكثرة إلى زيادة الماء ،
أم إلى مساحة البياض ومفارس الشجر ؟ وجهان .

قلت : أصحها : الثاني . والله أعلم

الرابع : لو شرط كون البذر من العامل فهي مخاربة ، فقل : تجوز تبعاً
للمساقاة كالزراعة . والأصح : النع ، لأن الحديث ورد في المزارعة تبعاً في قصة خير ،
دون المخاربة ، ولأن المزارعة أشبه بالمساقاة ، لانه لا يتوظف على العامل فيها إلا
العمل . فلو شرط أن يكون البذر من المالك والبقر من العامل ، أو عكسه ، قال
أبو عاصم المبادي : فيه وجهان . أصحها : الجواز إذا شرط البذر على المالك ،
لأنه الاصل ، فكأنه اكترى العامل وبقره ، قال : فان جوزنا فيما إذا شرط البقر
على [المالك والبذر على] العامل ، نظر ، فان شرط التبن والحب بينها ، جاز ،
وكذا لو شرط الحب بينها والتبن لاحدهما لاشتراكهما في المقصود . فان شرط
التبن لصاحب الثور وهو مالك الارض ، وشرط الحب للآخر ، لم يجز ، لأن المالك
هو الاصل ، فلا يمنع المقصود . وإن شرط التبن لصاحب البذر وهو العامل ،
فوجهان . وقيل : لا يجوز شرط الحب لاحدهما والتبن للآخر أصلاً . واعلم أنهم
أطلقوا القول في المخاربة بوجوب أجرة مثل الارض ، لكن في « فتاوى » القفال
و « التهذيب » وغيرهما : أنه لو دفع أرضاً إلى رجل ليفرس أو يني أو يزرع فيها
من عنده ، على أن يكون بينها مناصفة ، فالحاصل للعامل ، وفيما يلزمه من أجرة
الارض ، وجهان . أحدهما : نصفها ، لانه غرس نصف الفرس لصاحب الارض بأذنه ،
فقد رضي بطلان منفعة النصف . وأصحها : جميعها ، لانه إنما رضي ليحصل له نصف

الفراس ، فاذاً إطلاقهم في الخابرة تفريع على الاصح. ثم العامل يكلف نقل البناء والفراس إن لم تنقص قيمتها . وإن نقصت ، لم يقلع مجاناً ، للاذن ، بل يتخير مالك الأرض فيها تخير المير، والزرع يبقى إلى الحصاد . ولو زرع العامل البياض بين النخيل من غير إذن ، قلع زرعه مجاناً. وإذا لم نجوز المساقاة على ما سوى النخيل والعنب من الشجر الثمر منفرداً ، ففي جوازها تبعاً للمساقاة كالمزارعة وجهان .

قلت : أصحابها : الجواز . والله أعلم

كتاب الإجارة

فيه ثلاثة أبواب .

الأول : في أركانها ، وهي أربعة .

[الركن الأول : العاقدان ويعتبر فيها العقل والبلوغ كسائر التصرفات .
الركن الثاني : الصيغة ، وهي أن يقول : أكريتك هذه الدار ، أو أجرتكها مدة كذا بكذا ، فيقول : على الاتصال : [قلت ، أو] استأجرت ، أو اكرتت .
ولو أضاف إلى المنفعة فقال : أجرتك أو أكريتك منافع هذه الدار ، فوجهان . أحدهما : الجواز ، وبه قطع في « الشامل » ، وذكر المنفعة تأكيد ، كقوله : بعتك عين هذه الدار أو رقبته ، فإنه يصح البيع ، والثاني : المنع ، وبه قطع الامام ، لأن لفظ الإجارة وضع مضافاً إلى العين . وإن كان العقد في الذمة ، فقال : ألزمت ذمتك كذا ، فقليل : جاز ، وأغنى عن لفظ الإجارة والاكراء . وإن تعاقد بصيغة التملك ، نظر ، إن أضاف إلى المنفعة فقال : ملكتك منفعتها شهراً ، جاز على الصحيح [المعروف] ، فإن الإجارة تملك منفعة بموض . ولو قال : بعتك منفعة هذه الدار شهراً ، فوجهان . قال ابن سريج : يجوز ، لأن الإجارة صنف من البيع . والاصح : المنع ، لأن البيع موضوع للملك الاعيان ، فلا يستعمل في المنافع ، كما لا ينقد البيع بلفظ الإجارة . وقيل بالمنع قطعاً .

الركن الثالث : الأجرة . فالإجارة قسمان . واردة على العين كـمن استأجر دابة [بعينه ليركبها] أو يحمل عليها ، أو شخصاً بعينه لخياطة ثوب . وواردة على الذمة ، كمن استأجر دابة موصوفة للركوب أو الحمل ، أو قال : ألزمت ذمتك

خياطة هذا الثوب ، أو بناء الحائط ، فقبل . وفي قوله : استأجرتك لكذا ، أو لتفعل كذا ، وجهان . أحدهما : أن الحاصل به إجارة عين ، وللإضافة إلى المخاطب ، كما لو قال : استأجرت هذه الدابة . والثاني : إجارة ذمة ، وعلى هذا إنما تكون إجارة عين إذا زاد فقال : استأجرت عينك أو نفسك لكذا ، أو لتعمل بنفسك كذا . وإجارة العقار لا تكون إلا إجارة عين ، لأنه لا يثبت في الذمة ، ولهذا لا يجوز السلم في أرض ولا دار .

فرع

إذا وردت الإجارة على العين ، لم يجب تسليم الأجرة في المجلس ، كما لا يشترط تسليم الثمن في البيع . ثم إن كانت في الذمة ، فهي كالثمن في الذمة في جواز الاستبدال ، وفي أنه إذا شرط فيها التأجيل أو التنجيم ، كانت مؤجلة أو منجمة . وإن شرط التمجيل ، كانت ممجلة ، وإن أطلق ، فمعلقة ، وملكها المكري بنفس العقد ، واستحق استيفاءها إذا سلم العين إلى المستأجر . واستدل الأصحاب بأن المنافع موجودة أو ماحقة بالموجود ، ولهذا صح العقد عليها ، وجاز أن تكون الأجرة ديناً ، وإلا ، لكان يبيع دين بدين .

فرع

يشترط العلم بقدر الأجرة ووصفها إذا كانت في الذمة كالثمن في الذمة ، فلو قال : اعمل كذا لأرضيك أو أعطيك شيئاً ، وما أشبهه ، فسد العقد ، وإذا عمل ، استحق أجرة المثل . ولو استأجره بنفقته أو كسوته ، فسد . ولو استأجره بقدر من الخنطة أو الشعر ، وضبطه ضبط السلم ، جاز . ولو استأجره بأرطال خبز ، بني على جواز

السلم في الخبز . ولو آجر الدار ب مهارتها ، أو الدابة بملفها ، أو الأرض بخراجها ومؤنتها أو بدراهم معلومة على أن يميّرها ، ولا يحسب ما أنفق من الأجرة ، لم يصح . ولو أجزها بدراهم معلومة على أن يصرفها إلى المهارة ، لم يصح ، لأن الأجرة ، الدراهم مع الصرف إلى المهارة ، وذلك عمل مجهول . ثم إذا صرفها في المهارة ، رجع بها . ولو أطلق العقد ، ثم أذن له في الصرف إلى المهارة ، وتبرع به المستأجر ، جاز . فان اختلفا في قدر ما أنفق ، فقولان في أن القول قول من ؟ ولو أعطاه ثوباً وقال : إن خطته اليوم فلك درهم ، أو غداً فنصف ، فسد العقد ووجب أجرة المثل متى خاطه . ولو قال : إن خطته رومياً فلك درهم ، أو فارسياً فنصف ، فسد ، والرومي بفرزتين ، والفارسي بفرزة .

فرع

إذا أجّلا الأجرة فحلت وقد تنير النقد ، اعتبر نقد يوم العقد . وفي الجمالة الاعتبار بيوم اللفظ على الأصح ، وقيل : بوقت تمام العمل ، لأن الاستحقاق يثبت بتمام العمل .

فرع

هذا الذي سبق ، إذا كانت الأجرة في الزمة . فلو كانت معينة ، ملكت في الحال كالبيع ، واعتبرت فيها الشرائط المعنوية في البيع ، حتى لو جعل الأجرة جلد شاة مذبوحة قبل السلخ ، لم يجوز ، لأنه لا يعرف صفته في الرقة والثخانة وغيرها . وهل تغني رؤية الأجرة عن معرفة قدرها ؟ فيه طريقان . أحدهما : على قولي رأس مال السلم . والثاني : القطع بالجواز ، وهو المذهب .

فصل

أما الاجارة الواردة على الذمة ، فلا يجوز فيها تأجيل الأجرة ، ولا الاستبدال عنها ، ولا الحوالة بها ولا عليها ، ولا الإبراء ، بل يجب التسليم في المجلس كرأس مال السلم ، لأنه سلم في النافع ، فإن كانت الأجرة مشاهدة غير معلومة القدر ، فعلى القولين في رأس مال السلم . هذا إذا تعاقدنا بلفظ السلم ، بأن قال : أسلمت إليك هذا الدينار في دابة تحملي إلى موضع كذا ، فإن عقدا بلفظ الاجارة ، بأن قال : استأجرت منك دابة صفتها كذا لتحملي إلى موضع كذا ، فوجهان بنوهما على أن الاعتبار باللفظ ، أم بالمعنى ؟ أصحابها عند العراقيين ، وأبي علي ، والبهوي : أنه كما لو عقدا بلفظ السلم ، ورجح بعضهم الآخر .

فرع

يجوز أن تكون الأجرة منفعة ، سواء اتفق الجنس ، كما إذا أجر داراً بمنفعة دار ، أو اختلف ، بأن أجرها بمنفعة عبد . ولا ربا في النافع أصلاً ، حتى لو أجر داراً بمنفعة دارين ، أو أجر حلي ذهب بذهب ، جاز ، ولا يشترط القبض في المجلس .

فصل

لا يجوز أن يجعل الأجرة شيئاً يحصل بعمل الأجنبي^(١) ، كما لو استأجر السلاخ ليسلخ الشاة بجلدها ، أو الطحان ليطحن الحنطة بثلاث دقيقتها ، أو بصاع منه ، أو بالنخالة ، أو المرضة بجزء من الرقيق المرتضع بد الفطام ، أو قاطف الثمار بجزء

(١) في نسخة الظاهرية : بعمل الاجير .

منها بحد الفطاف ، أو لينسج الثوب بنصفه ، فكل هذا فاسد ، ولالأجير أجرة مثله .
ولو استأجر الموضع بجزء من الرقيق في الحال ، أو قاطف اثمار بجزء منها على رؤوس
الشجر ، أو كان الرقيق لرجل وامرأة ، فاستأجرها لترضعه بجزء منه ، أو بغيره ،
جاز على الصحيح ، كما لو ساق شريكه وشرط له زيادة من الثمر ، يجوز وإن
كان يقع عمله في مشترك . وقيل : لا يجوز ، ونقله الامام وانغزالي عن الاصحاب ،
لأن عمل الاجير ينبغي أن يقع في خاص ملك المستأجر، وهو ضعيف . قال البغوي :
لو استأجر شريكه في الحنطة ليطحنها أو الدابة ليتعدها بدراهم ، جاز . ولو قال :
استأجرتك بربع هذه الحنطة أو بصاع منها لتطحن الباقي ، قال المتولي والبغوي :
يجوز ، ثم يتقاسمان قبل الطحن ، فيأخذ الاجرة ، ويطحن الباقي . قال المتولي : وإن
شاء طحن الكل والدقيق مشترك بينهما . ومثال هذه المسائل ، ما إذا استأجره لحمل
الشاة المذكاة إلى موضع كذا بجلدها ، ففاسد أيضاً . أما لو استأجره لحمل الميتة
بجلدها ، فباطل ، لانه نجس .

الركن الرابع : المنفعة ، ولها خمسة شروط .

أحدها : أن تكون متقومة وفيه مسائل .

أحدها : استئجار تفاحة للشم باطل ، لانها لا تقصد له ، فلم يصح كسرها
حبة حنطة . فان كثر التفاح ، فالوجه : الصحة ، لانهم نصوا على جواز استئجار المسك
والرياحين للشم ، ومن التفاح ما هو أطيب من كثير من الرياحين .

الثانية : استئجار الدراهم والدنانير ، إن أطلقه ، فباطل ، وإن صرح بالاستئجار
للتزين ، فباطل أيضاً على الاصح . واستئجار الاطعمة لتزين الحوانيت ، باطل على
المذهب . وقيل : فيه الوجهان . وفي استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها ،

والوقوف في ظلها ، وربط الدواب فيها ، الوجهان . قال بعضهم : الأصح هنا : الصحة ، لأنها منافع مهمة ، بخلاف التزيين . واستئجار البيداء للاستئناس ، قال البغوي : فيه الوجهان ، وقطع التولي بالجواز ، وكذا في كل ما يستأنس بلونه ، كالأطاووس ، أو صوته ، كالمندليب .

الثالثة : استئجار البياح على كلفة البيع ، أو كلمة يروج بها السلعة ولا تب فيها ، باطل ، إذ لا قيمة لها . قال الامام محمد بن يحيى : هذا في مبيع مستقر القيمة في البلد ، كالخبز واللحم . أما الثياب والمبيد ، وما يختلف قدر الثمن فيه باختلاف المتعاقدين ، فيختص بيعها من البياح لمزيد منفعة وفائدة ، فيجوز الاستئجار عليه . ثم إذا لم يجز الاستئجار ، ولم يتعب البياح ، فلا شيء له . وإن تب بكثرة التردد ، أو كثرة الكلام في أمر المعاملة ، فله أجره المثل ، لامتواطأ عليه البياعون . الرابعة : استئجار الكلب المعلم للصيد والحراسة ، باطل على الأصح ، وقيل : يجوز ، كالفهد والبازي والشبكة للاصطياد والهرة لدفع الفأر .

الشرط الثاني : أن لا يتضمن استيفاء عين قصداً ، ومقصوده أن الاجارة عقد تراد به المنافع دون الأعيان ، هذا هو الأصل ، إلا أنه قد تستحق بها الأعيان تابعة لضرورة أو حاجة ماسة ، فتلحق تلك الأعيان حينئذ بالمنافع ، وفيه مسائل .

إحداها : استئجار البستان لثمارة ، والشاة لتاجها أو صوفها أو لبنها ، باطل . الثانية : الاستئجار لارضاع الطفل جائز ، ويستحق به منفعة وعين . فالمنفعة :

أن تضع الصبي في حجرها وتلقمه الثدي وتمصره بقدر الحاجة . والعين : اللبن الذي يمسه الصبي . وإنما جُوز لميسس الحاجة أو الضرورة . وفي الأصل الذي تناوله المقد ، وجهان . أحدهما : اللبن . وأما فعلها ، فتابع ، لأن اللبن مقصود لبنه ، وفعلها طريق إليه . وأصحها : أنه فعلها ، واللبن مستحق تبعاً ، لقول الله تعالى : ﴿ فإِنْ أَرْضَعْنَكُمْ ، فَآتُوهُمْ أَجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] ، علق الأجرة بفعل الارضاع ،

لا بالابن، ولأن الاجارة موضوعة للمنافع وإنما الأعيان تتبع للضرورة، كالبئر تستأجر ليستقى ماؤها، والدار تستأجر وفيها بئر، يجوز الاستقاء منها. ثم إن استأجرها للحضانة مع الارضاع، جاز، وإن استأجر للارضاع، ونفى الحضانة، فوجهان. أحدهما: المنع، كاستئجار الشاة لارضاع سخلة. وأصحها: الجواز، وبه قطع الأكثرون، كما يجوز الاستئجار لمجرد الحضانة. قال الامام: وهذا الخلاف إذا قصر الاجارة على صرف اللبن إلى الصبي، وقطع عنه وضعه في حجرها ونحوه، [فأما الحضانة بالتفسير الذي سذكره إن شاء الله تعالى، فيجوز قطعها عن الارضاع بلا خلاف].

الثالثة: استئجار الفحل للضراب، حكمه ما ذكرناه في كتاب البيع في باب المناهي.

الرابعة: استئجار القناة للزراعة بمائها، جائز، لأننا إن قلنا: الماء لا يملك، فكالشبكة للاصطياد - وإلا، فللنافع آبار الماء (١) وقد جوز - واستئجار بئر الماء للاستقاء، والتي بعدها (٢) مستأجرة لاجراء الماء فيها. وقال الروائي: إذا اكرت قرار القناة ليكون أحق بمائها، جاز في وجه، وهو الاختيار (٣)، والمعروف: منعه. ومقتضى لفظه أن يكون تعريفاً على أن الماء لا يملك.

الشروط الثالث: أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها، فاستئجار الآبق، والنصب، والأخرس للتعليم، والأعمى لحفظ المتاع، إجارة عين، ومن لا يحسن

(١) في هامش نسخة الظاهرية تجاه عبارة: «آبار الماء»، ما نصه: أي المنفعة المقود عليها هي نفس الآبار التي ينبع فيها الماء. مهبات.

(٢) في هامش نسخة الظاهرية تجاه عبارة: «والتي بعدها»، ما نصه: أي الجاري التي بعد القناة. مهبات.

(٣) في هامش نسخة الظاهرية ما نصه: ما قاله الروائي هو الكلام السابق بعينه، إلا أنه أفاد جريان الخلاف. مهبات.

القرآن لتعليمه ، باطل . فان وسَّع عليه وقتاً يقدر على التعلُّم قبل التعليم ، فباطل أيضاً على الأصح ، لأن المنفعة مستحقة من عينه ، والعين لا تقبل التأخير . وإذا استأجر أرضاً للزراعة ، اشترط كون الزراعة متيسرة . والأرض أنواع .

منها : أرض لها ماء دائم من نهر أو عين أو بئر ونحوها .

ومنها : أرض لاماء لها ، لكن يكفيها المطر المعتاد ، والنداة التي تصيبها من الثلج المعتادة ، أو لا يكفيها ذلك ، لكنها تسقى بماء الثلج والمطر في الجبل ، والغالب فيها الحصول .

ومنها : أرض لاماء لها ، ولا تكفيها الأمطار المعتادة ، ولا تسقى بماء غلب الحصول من الجبل ، ولكن إن أصابها مطر عظيم أو سيل ، نادراً ، أمكن زرعها ، فالنوع الأول يصح استئجاره قطعاً . والثالث لا يصح قطعاً . وفي الثاني وجهان . أصحها : الجواز ، وبه قطع القاضي حسين وابن كج وصاحب « المذهب » ، وبالنسبة أجاب القفال .

ومنها : أرض على شط النيل والفرات وغيرهما ، يعلو الماء عليها ثم ينحسر ، ويكفي ذلك لزراعتها في السنة ، فان استأجرها للزراعة بعدما علاها الماء وانحسر ، صح ، وإن كان قبل أن يعلوها الماء ، فان كان لا يوثق به ، كالنيل لا ينضب أمره ، لم يصح . وإن كان الغالب حصوله ، فليكن على الخلاف في النوع الثاني . وإن كان موثقاً [به] كالمدن بالبصرة ، صح كماء النهر . فان تردد في وصول الماء إلى تلك الأرض ، لم يصح ، لانه كالنوع الثالث . وإن [كان] علاها ولم ينحسر ، فان كان لا يرجى انحساره ، أو يشك فيه ، لم يصح استئجارها ، لان المعجز موجود ، والقدرة مشكوك فيها . وإن رجي انحساره وقت الزراعة بالعادة ، صحت الاجارة على المذهب والمنصوص ، سواء كانت الاجارة لما يمكن زراعته في الماء كالأرز ، أم لغيره ، وسواء كان رأى الارض مكشوفة أم هي مرئية الآن لصفاء الماء ، أم لم يكن

شيء من ذلك . وقيل : إن لم تثر ، لم يصح في قول . وقيل : لا يصح لغير الأرز ونحوه . وحجة مذهب القياس على ما لو استأجر داراً مشحونة بأمتعة يمكن الاشتغال بنقلها في الحال ، فانه يجوز على الصحيح ، أما إذا لم تكن مؤنة ، فلأن استئجارها بالماء من مصالحها ، فانه يقويها ويقطع العروق المنتشرة ، فأشبه استئجار الجوز بقشره . أما إذا كانت الأرض على شط نهر ، والظاهر أنها تفرق وتنهار في الماء ، فلا يجوز استئجارها . فان احتمل ولم يظهر ، جاز ، لان الاصل والغالب السلامة . ويجوز أن تخرج حالة الظهور على تقابل الاصل والظاهر .

إذا عرفت حكم الانواع ، فكل أرض لها ماء معلوم ، واستأجرها للزراعة مع شربها منه ، فذاك ، وإن استأجرها للزراعة دون شربها ، جاز إن تيسر سقيها من ماء آخر ، وإن أطلق ، دخل فيه الشرب ، بخلاف ما إذا باعها ، لا يدخل الشرب ، لان المنفعة هنا لا تحصل دون الشرب . هذا إذا طردت العادة بالاجارة مع الشرب . فان اضطربت ، فسيأتي حكمه في الباب الثاني إن شاء الله تعالى . وكل أرض منعنا استئجارها للزراعة ، فلو اكترها لينزل فيها ، أو يسكنها ، أو يجمع الحطب فيها ، أو يربط الدواب ، جاز . وإن اكترها مطلقاً ، نظر ، إن قال : أكريتك هذه الأرض البيضاء ولا ماء لها ، جاز ، لأنه يعرف بنفي الماء أن الاجارة لغير الزراعة . ثم لو حمل ماء من موضع وزرعها ، أو زرعها على توقع حصول ماء ، لم يمنع ، وليس له البناء والغراس فيها ، نص عليه . وإن لم يقل : لا ماء لها ، فان كانت بحيث يطعم في سوق الماء إليها ، لم يصح العقد ، لأن الغالب في مثلها الاستئجار للزراعة ، فكأنه ذكرها ، وإن كانت على قلعة جبل لا يطعم في سوق الماء إليها ، صح العقد على الأصح اكتفاءً بالقرينة ، وإذا اعتبرنا نفي الماء ، ففي قيام علم المتعاقدين مقام التصريح بالنفي ، وجهان . أصحابها : المنع ، لأن العادة في مثلها الاستئجار للزراعة ، فلا بد من الصرف باللفظ .

واعلم أن في المسألة تصريحاً بجواز الاستنجار مطلقاً من غير بيان جنس المنفعة ،
وسياتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى .

فصل

قد عرفت انقسام الاجارة إلى واردة على العين ، وعلى الذمة .
أما إجارة العين ، فلا يصح إيرادها على المستقبل ، كاجارة الدار السنة المستقبلية ،
والشهر الآتي . وكذا إذا قال : أجرتك سنة أولها من غد ، أو أجرتك هذه الدابة
للكوب إلى موضع كذا على أن تخرج غداً . ولو قال : أجرتك سنة ، فإذا انقضت ،
فقد أجرتك سنة أخرى ، فالمعقد الثاني باطل على الصحيح ، كما لو قال : إذا جاء
رأس الشهر ، فقد أجرتك شهراً .

أما الواردة على الذمة ، فيحتمل فيها التأجيل والتأخير ، كما إذا قال :
ألزمت ذمتك حملي إلى موضع كذا على دابة صفتها كذا غداً أو غرة شهر كذا ،
كما لو أسلم مؤجلاً ، وإن أطلق ، كانت حائلة . ولو أجر داره لزيد سنة ،
ثم أجرها لغيره السنة المستقبلية قبل انقضاء الأولى ، لم يصح . وإن أجرها لزيد
نفسه ، فوجهان . وقيل : قولان . أصحابها : الجواز ، لاتصال المدتين . ولو أجرها
أولاً لزيد سنة ، ثم أجرها لزيد لعمرو ، ثم أجرها للمالك لعمرو السنة المستقبلية
قبل انقضاء الأولى ، ففيه الوجهان ، ولا يجوز إيجارها لزيد ، كذا قاله البغوي . وفي
فتاوى القفال : أنه يجوز أن يؤجرها لزيد ، ولا يجوز أن يؤجرها لعمرو ، لأن
زيداً هو الذي عاقده ، فيضم إلى ما استحق بالمعقد الأول السنة المستقبلية . قال : ولو
أجر داره سنة ، ثم باعها في المدة ، وجوزناه ، لم يكن المشتري أن يؤجرها السنة المستقبلية
للمستأجر ، لانه لم يكن بينها معاودة ، وتردد في أن الوارث ، هل يتمكن منه
إذا مات المكري لان الوارث نائبه ؟

فرع

إيجار الدار والحافوت شهراً على أن ينتفع بها الايام دون الليالي ، باطل ، لان زمان الانتفاع لا يتصل بعمه يعض ، فيكون إجارة زمن مستقبل ، بخلاف مثله في العبد والبهيمة ، فانه يجوز ، لانها لا يطيقان العمل دائماً ، ويرفهان في الليل على المادة عند إطلاق الإجارة . ولو أجز دابة إلى موضع ايركها المكري زماناً ، ثم المكري زماناً ، لم يصح ، لتأخر حق المكري وتعلق الإجارة بمستقبل . وإن أجزه ايرك المكري بعض الطريق وينزل فيمشي بعضها ، أو أجز اثنين ليركب هذا زماناً ، وهذا مثله ، ففيه أربعة أوجه . أصحابها وهو المنصوص في « الام » : صحت الإجارة في الصورتين ، سواء وردت الإجارة على الذمة ، أو العين ، ويثبت الاستحقاق في الحال ، ثم يقسم المكري والمكري [أو المكريان] ، ويكون التأخر الواقع من ضرورة القسمة والتسليم ، فلا يضر . والثاني : تصح في الصورة الثانية دون الأولى ، لاتصال زمن الإجارة في الثانية دون الأولى . والثالث : تبطل فيها ، لأنها إجارة أزمان متقطعة . والرابع : تصح في الصورتين إن كانت مضمونة في الذمة ، ولا تصح على دابة معينة ، وهذه المسألة تعرف بـ « كراء العقاب » ، وهو جمع عقيقة وهي الثوبية . فاذا قلنا بالجواز ، فإن كان في ذلك الطريق عادة مضبوطة ، إما بالزمان ، بأن يركب يوماً وينزل يوماً ، وإما بالمسافة ، بأن يركب فرسخاً ويمشي فرسخاً ، حمل العقد عليها ، وليس لأحدهما أن يطلب الركوب [ثلاثاً] والنزول ثلاثاً ، [لئلا] في دوام المشي من التعب . وإن لم تكن عادة مضبوطة ، فلا بد من البيان في الابتداء . وإن اختلفا فيمن يبدأ بالركوب ، أقرع . ولو أكرى دابة لثنين ، ولم يتعرض للتعاقب ، قال المتولي : إن احتملت الدابة ركوب شخصين ، اجتمعا على الركوب ،

ولاً ، فالرجوع إلى المأبأة كما سبق . ولو قال : أجرتك نصف الدابة إلى موضع كذا ، أو أجرتك الدابة لتركبها نصف الطريق ، صح ، ويقتسمان بالزمان أو المسافة ، وهذه إجارة المشاع ، وهي صحيحة كبيع المشاع . وحكي وجه : أن إجارة نصف الدابة لا تصح ، للتقطع ، بخلاف إجارة نصف الدار ، وبخلاف ما إذا أجزها ليركبا في حمل .

فرع

لا تصح إجارة مالا منفعة فيه في الحال ، ويصير منتفعاً به في المدة ، كالبحش ، لأن الإجارة موضوعة على تمجيل الانتفاع ، بخلاف المساقاة .

فصل

العجز الشرعي كالحيسي ، فلا يصح الاستئجار لقلع سنٍ صحيحة ، أو [قطع] يد صحيحة ، ولا استئجار الحائض لكس المسجد وخدمته ، ولا استئجار أحد لتعليم التوراة والانجيل ، أو السحر ، أو الفحش ، أو ختان صغير لا يحتمل ألمه .

فرع

قلع السن الوجمة ، إنما يجوز إذا صعب الألم وقال أهل الخبرة : إنه يزيد الألم . وقطع اليد المتأكلة ، إنما يجوز إذا قال أهل الخبرة : إنه نافع ، ومع ذلك ، ففيه خلاف وتفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في باب ضمان الولاة من كتاب الجنائيات ،^(١) فحيث لا يجوز القلع أو القطع ، فلا استئجار له باطل ، وحيث يجوز ، يصح الاستئجار

(١) في الأصل : من باب الجنائيات ، وما أثبتناه من مخطوطة الظاهرية

على الأصح . ووجه المنع : أنه لا يوثق ببقاء العلة ، فربما زالت بتعذر الوفاء .
وسبيل مثل هذا ، أن يحصل بالجماعة ، فيقول : اقلع سني هذه ولك كذا . ورأى
الامام تخصيص الوجهين بالقلع ، لأن زوال الوجع في ذلك الزمن غير بعيد ، بخلاف
الأكلة ، فانه غير محتمل في زمن القطع . ويجري الوجهان ، في الاستئجار للفصد
والحجامة وبزغ الدابة ، لأن هذه الايلامات إنما تنباح بالحاجة ، وقد تزول الحاجة .

فرع

استأجرها لكنس المسجد ، فحاضت ، انفسخ العقد إن استأجر عينها وعيَّنت
المدة . وإن استأجر [ها] في الذمة ، لم يفسخ ، لا مكان الكنس بغيرها أو بعد الحيض .
وإذا جوزنا الاستئجار لقلع السن ، فسكن الوجع وبرأ ، انفسخت الاجارة ، للتعذر
على المذهب ، وفيه كلام يأتي إن شاء الله تعالى في القسم الثالث من الباب الثالث .
وإن لم يبرأ ، لكن امتنع المستأجر من القلع ، قال في « الشامل » : لا يجبر عليه ،
إلا أنه إذا سلم الأجير نفسه ، ومضى مدة إمكان العمل ، وجب على المستأجر الأجرة .
ثم ذكر القاضي أبو الطيب : أنها لا تستقر ، حتى لو انقلعت تلك السن ، انفسخت
الاجارة ، ووجب رد الأجرة ، كما لو مكنت الزوجة في النكاح ، ولم يبطأ الزوج .
وفارق ما إذا حبس الدابة مدة إمكان السير ، حيث تستقر عليه الاجرة ، لتكف
المنافع تحت يده .

قلت : هذا الذي نقله عن صاحب « الشامل » إلى آخر كلام القاضي أبي الطيب ،
هكذا هو في « الشامل » و « البيان » . فان قيل : قد قال الشيخ نصر المقدسي
في « تهذيبه » : إذا امتنع المستأجر من قلعه ، لم يكن له فسخ العقد ، لكن يدفع

الأجرة ، وله الخيار بين مطالبته بقلمه ، وبين تركه ، كما لو استأجره ليخيط [له]
ثوباً. قلنا : هذا الذي قاله ، لا يخالف قول صاحب « الشامل » . والله أعلم

فصل

يجوز لغير الزوج استئجار الزوجة للارضاع وغيره باذن الزوج ، ولا يجوز بغير
إذنه على الأصح ، لأن أوقاتها مستغرقة بحقه ، والثاني : يصح ، وللزوج فسخه ، حفظاً
لحقه . ولو أجرت نفسها ولا زوج لها ، ثم نكحت في المدة ، فالأجرة بحالها ، وليس
للزوج منعها من توفية ما التزمته ، كما لو أجرت نفسها باذنه ، لكن يستمتع بها في
أوقات فراغها ، فإن كانت الأجرة للارضاع ، فهل لولي الطفل الذي استأجرها
لارضاعه منع الزوج من وطئها ؟ فيه وجهان . أحدهما : نعم ، لأنه ربما حبلت
فينة طبع اللبن أو يقل ، وإلا ، فيضر بالطفل . والثاني : لا ، وبه قطع المراقبون ، لأن
الحبل متوهم ، فلا يمنع به الوطء المستحق . فإن منعناه ، فلا نفقة عليه في تلك المدة .

قلت : الأصح قول المرائين . والله أعلم

ولو أجر أمته المزوجة ، جاز ، ولم يكن للزوج منعها من الاستأجر ، لأن يده
يد السيد في الانتفاع . أما الزوج ، فيجوز استئجاره امرأته ، إلا إذا استأجرها
لارضاع ولده منها ، ففيه وجهان . أحدهما : النع ، وبه قطع المراقبون . وأصحابها :
الجواز ، كما لو استأجرها بعد البينونة ، وكما لو استأجرها للطبخ ونحوه . وعلى
هذا الخلاف ، استئجار الوالد ولده للخدمة . وفي عكسه وجهان إن كانت الأجرة
على عينه ، كالوجهين فيما إذا أجر المسلم نفسه لكافر .

الشرط الرابع : حصول المنفعة للمستأجر ، وأكثر العناية في هذا الشرط
بالقرب ، وضبطها الامام فقال : هي قسمان .

أحدهما : قرب يتوقف الاعتداد بها على النية . فما لا تدخله النيابة منها ،
لا يجوز الاستئجار عليه ، وما تدخله النيابة ، جاز الاستئجار عليه ، كاللحج ، وتفرقة الزكاة .
قال الامام : ومن هذا ، غسل الميت إذا أوجبنا فيه النية .

القسم الثاني : ما لا يتوقف صحته على النية ، وهو نوعان .

فرض كفاية ، وشمار غير فرض . والاول ضربان .

أحدهما : يختص اقتراضه في الاصل بشخص وموضع معين ، ثم يؤمر به غيره
إن عجز ، كجهيز الموتى بالتكفين والغسل والحفر وحمل الميت ودفنه ، فان هذه
المؤن تختص بالتركة . فان لم تكن ، فعلى الناس القيام بها . فمثل هذا ، يجوز
الاستئجار عليه ، لان الاجير غير مقصود بفعله حتى يقع عنه . ومن هذا ، تعليم
القرآن ، فان كل أحد لا يختص بوجوب التعليم وإن كان نشر القرآن وإشاعته
من فروض الكفاية ، وهذا كله إذا لم يتعين واحد لمباشرة هذه الاعمال ، فان
تعيين واحد لتجهيز الميت ، أو تعليم الفاتحة ، جاز استئجاره أيضاً على الاصح ، كالمنظر ،
يجب إطعامه ببذله . وقيل : لا ، كفرض العين ابتداءً .

الضرب الثاني : ما ثبت فرضه في الاصل شائماً غير مختص ، كالجهاد ، فلا يجوز

استئجار المسلم عليه ، ويجوز استئجار الذمي على الصحيح .

النوع الثاني : شمار غير فرض ، كالأذان ، تقريباً على الاصح . وفي جواز

الاستئجار عليه ، ثلاثة أوجه ذكرناها في بابه . فان جوزنا ، فعلى أي شيء يأخذ
الاجرة ؟ فيه أوجه . أصحابها : على جميع الاذان بجميع صفاته ، ولا يبعد أخذ
الاجرة على ذكر الله تعالى كتعليم القرآن وإن اشتمل على قراءة المعلم . والثاني :

على رعاية المواقيت . والثالث : على رفع الصوت . والرابع : على الحيملتين ،
فإنها ليستا ذِكرًا .

فرع

الاستئجار لامامة الصلوات المفروضة ، باطل ، وكذا للتراويح وسائر النوافل على
الاصح ، لانه مصل لنفسه . ومتى صلى ، اقتدى به من أراد وإن لم ينو
الامامة . وإن توقف على نيته شيء ، فهو إحراز فضيلة الجماعة ، وهذه فائدة تختص
به . ومن جوّزه ، شبهه بالاذان في الشعار .

فرع

الاستئجار للقضاء باطل .

فرع

أطلقوا القول ببطالان الاستئجار للتدريس . وعن الشيخ أبي بكر الطوسي تريد
جواب في الاستئجار لاعادة الدرس . قال الامام : ولو عين شخصاً أو جماعة ليعلمهم
مسألة أو مسائل مضبوطة ، فهو جائز ، والذي أطلقوه ، محمول على استئجار من
يتصدى للتدريس من غير تعيين من يعلمه وما يعلمه ، لأنه كالجهاد في أنه إقامة
مفروض على الكفاية ثابت على الشيوع . وكذلك يتمتع استئجار مقررٍ يُقرىء على
هذه الصورة ، قال : ويحتمل أن يجوز .

الشرط الخامس : كون المنفعة معلومة العين والقدر والصفة ، فلا يجوز أن

يقول : أجزرتك أحدهما . ثم إن لم يكن للعين المعينة إلا منفعة ، فالاجارة محمولة عليها ، وإن كان لها منافع ، وجب البيان . وأما الصفة ، فاجارة الغائبة ، فيها الخلاف السابق . وأما القدر ، فيشترط العلم به ، سواء فيه إجارة العين والذمة . ثم المنافع تقدر بطريقتين . أحدهما : الزمان ، كاستأجرت الدار للسكنى سنة . والثاني : العمل ، كاستأجرتك لتخيط هذا الثوب . ثم قد يتعين الطريق الأول ، كاستئجار المقار ، فإن منفعته لا تنضب إلا بالزمان ، وكالارضاع ، فإن تقدير اللبن لا يمكن ، ولا سبيل فيه إلا الضبط بالزمان . وقد يسوغ الطريقان ، كما إذا استأجر عين شخص أو دابة ، فيمكن أن يقول في الشخص : ليعمل لي كذا شهراً ، وأن يقول : ليخيط لي هذا الثوب . وفي الدابة يقول : لأتردد عليها في حوائجي اليوم ، أو يقول : لأركبها إلى موضع كذا ، فأيهما كان ، كفى ، لتعريف المقدار . فإن جمع بينهما فقال : استأجرتك لتخيط لي هذا القميص اليوم ، فوجهان . أحدهما : بطلان العقد . والثاني : صحته ، وعلى هذا وجهان . أحدهما : يستحق الأجرة بأسرعها ، فإن انقضى اليوم قبل تمام العمل ، استحقها ، فإن تم العمل قبل تمام اليوم ، استحقها . والثاني : الاعتبار بالعمل ، فإن تم [العمل] أولاً ، استحقها . وإن تم اليوم أولاً ، وجب إتمامه . وإن قال : على أنك إن فرغت قبل تمام اليوم ، لم تخط غيره ، بطلت الاجارة ، لأن زمن العمل يصير مجهولاً .

فإذا عرفت هذا ، فالمنافع متعلقة بالأعيان ، تابعة لها ، وعدد الأعيان التي يستأجر لها كالتعذر ، فمضي الأصحاب بثلاثة أنواع تكثر إيجارها ليعرف طريق الضبط بها ، ثم يقاس عليها غيرها .

النوع الأول : الآدمي يستأجر لعمل أو صنعة ، كخياطة ، فإن كانت الاجارة في الذمة ، قال : ألزمت ذمتك خياطة هذا الثوب ، فلو أطلق وقال : ألزمت ذمتك

عمل الخياطة كذا يوماً ، لم يصح ، لانه لم يعين خياطاً ولا ثوباً . ولو استأجر عينه ، قال : استأجرتك لتخيط هذا الثوب . ولو قال : لتخيط لي يوماً أو شهراً ، قال الاكثرون : يجوز أيضاً . ويشترط أن يبين الثوب وما يريد منه من قميص ، أو قباء ، أو سراويل ، والطول ، والعرض ، وأن يبين نوع الخياطة ، أهى رومية ، أو فارسية ؟ إلا أن تطرد العادة بنوع ، فيحمل المطلق عليه .

فرع

من هذا النوع ، الاستئجار لتعليم القرآن ، فليعين السورة والآيات التي يعلمها ، فإن أخذ بأحدهما ، لم يصح على الأصح . وقيل : لا يشترط تعيين واحد منها ، بل يكفي ذكر عشر آيات مثلاً . وقيل : تشترط السورة دون الآيات . وهل يكفي التقدير بالمدة فيقول : لتعلمني شهراً ؟ وجهان ، قطع الامام والغزالي بالاكْتفاء ، وإيراد غيرهما يقتضي المنع .

قلت : الاكْتفاء أصح وأقوى . والله أعلم

وفي وجوب تعيين قراءة ابن كثير أو نافع أو غيرهما ، وجهان . أصحها : لا ، إذ الامر فيها قريب . قال الامام : وكنت أود أن لا يصح الاستئجار لتعليم حتى يختبر حفظ المتعلم ، كما لا يصح إيجار الدابة للركوب حتى يعرف حال الراكب ، لكن ظاهر كلام الاصحاب ، أنه لا يشترط ، والحديث الصحيح يدل عليه في الذي تزوج على تعليم مامعه من القرآن ، وإنما يجوز الاستئجار لتعليم القرآن إذا كان المتعلم مسلماً ، أو كافراً يرجى إسلامه ، فإن لم يرج ، لم يعلم ، كما لا يباع المصحف لكافر ، فلا يصح الاستئجار .

فرع

إذا كان يتعلم الشيء بعد الشيء، ثم ينسى ، فهل على الاجير إعادة تعليمه ؟ فيه أوجه . أحدها : إن تعلم آية ثم نسيها ، لم يجب تعليمها ثانياً ، وإن كان دون آية ، وجب . والثاني : الاعتبار بالسورة . والثالث : إن نسي في مجلس التعلم ، وجب إعادته . وإن نسي بعده ، فلا . والرابع : يرجع فيه الى العرف المناسب ، وهو الأصح .

فرع

عن القاضي حسين في « الفتاوى » : أن الاستئجار لقراءة القرآن على رأس القبر مدة ، جائز ، كالاستئجار الأذان وتعليم القرآن . واعلم أن عَوْدَ المنفعة إلى المستأجر شرط ، فيجب عَوْدُها في هذه الاجارة إلى المستأجر أو ميّته ، فالمستأجر لا يبتفع بقراءة غيره . ومعلوم أن الميت لا يلحقه ثواب القراءة المجردة ، فالوجه : تنزيل الاستئجار على صورة انتفاع الميت بالقراءة . وذكروا له طريقين . أحدهما : أن يعقب القراءة بالدعاء للميت ، لأن الدعاء يلحقه ، والدعاء بعد القراءة أقرب إجابة وأكثر بركة . والثاني : ذكر الشيخ عبد الكريم السالوسي ، أنه إن نوى القارئ بقراءته أن يكون ثوابها للميت ، لم يلحقه . وإن قرأ ، ثم جعل ما حصل من الأجر له ، فهذا دعاء بحصول ذلك الاجر للميت ، فينفع الميت .

قلت : ظاهر كلام القاضي حسين : صحة الاجارة مطلقاً ، وهو المختار ، فإن موضع القراءة موضع بركة ، و[به] تنزل الرحمة ، وهذا مقصود ينفع الميت . والله أعلم

فصل

ومنه الاستئجار للارضاع ، ويجب فيه التقدير بالمدة ، ولا سبيل إلى ضبط مرات الارضاع ، ولا قدر ما يستوفيه في كل مرة ، فقد تعرض له الامراض والامسباب المملية ، ويجب تعيين الصبي ، لاختلاف الغرض باختلافه ، وتعيين موضع الارضاع ، أهو بيته ، أم بيتها .

فصل

ومنه الاستئجار للحجج ، وقد ذكرناه في بابه .

فصل

ومنه إذا استأجر لحفر نهر أو بئر أو قناة ، قدر ، إما بالزمان ، فيقول : تحفر لي شهراً ، وإما بالعمل ، فيقدر الطول والعرض والعمق ، ويجب معرفة الارض بالمشاهدة ، لتعرف صلابتها ورخاوتها ، ويجب عليه إخراج التراب المحفور . فإن انهار شيء من جوانب البئر ، لم يلزمه إخراجها . وإذا انتهى إلى موضع صلب أو حجارة ، نظر ، إن كان يعمل فيه المِعْمُول ، وجب حفره على الاصح ، وبه قال القاضي أبو الطيب . والثاني : لا يجب ، وبه قال ابن الصباغ ، لانه خلاف ما اقتضته المشاهدة ، فعلى هذا له فسخ العقد . وإن لم يعمل فيه المِعْمُول ، أو نبع الماء قبل وصوله إلى موضع الشروط وتمذر الحق ، انفسخ العقد في الباقي ، ولا يفسخ فيما مضى على المذهب ، فيوزع المسمى على ما عمل وما بقي .

فرع

إذا استأجر لحفر قبر ، بيّن الموضع والطول والمرض والعمق ، ولا يكفي الإطلاق ، ولا يجب عليه رد التراب بعد وضع الميت فيه .

فصل

ومنه إذا استأجر لضرب الثّلين ، قدر بالزمان أو العمل . وإذا قدر بالعمل ، بيّن العدد والقالب . فإن كان القالب معروفاً ، فذلك ، وإلا بيّن طوله وعرضه وسمكه . وعن القاضي أبي الطيب ، الاكتفاء بمشاهدة القالب . ويجب بيان الموضع الذي يضرب فيه ، ولا يجب عليه إقامتها للجفاف . ولو استأجره لطبخ الثّلين فطبخ ، لم يجب عليه الإخراج من الأتّون .

فصل

إذا استأجر للبناء ، قدر بالزمان أو العمل ، فإن قدر بالعمل ، بيّن موضعه وطوله وعرضه وسمكه وما يبنى به من الثّلين أو الطين أو الآجر . ولو استأجر للتطين أو التجصيص ، قدره بالزمان ، ولا سبيل إلى تقديره بالعمل ، لأن سمكه لا ينضبط .

فصل

ومنه إذا استأجر كحالاً ليداوي عينه ، قدره بالمدّة دون البرء . فإن برأت

عينه قبل تمامها ، انفسخ العقد في الباقي ، ولا يقدر بالعمل ، لان قدر الدواء لا ينضب ،
ويختلف بحسب الحاجة .

فصل

ومنه إذا استأجر للرعي ، وجب بيان المدة وجس الحيوان ، ثم يجوز العقد
على قطع معين ، ويجوز في الزمة ، وحينئذٍ وجهاً . أصحها عند صاحب « المهذب » :
يجب بيان العدد . والثاني وبه قطع ابن الصباغ والروائي : لا يجب ، ويحمل على
ما جرت العادة أن يرعاه الواحد . قال الروائي : وهو مائة رأس من الغنم تقريباً .
فإن توالدت ، حكى ابن الصباغ : أنه لا يلزمه رعي أولادها إن ورد العقد على
أعيانها . وإن كان في الزمة ، لزمه .

فصل

استأجر ناسخاً للكتابة ، يبين عدد الأوراق والأسطر في كل صفحة ، ولم يتعرضوا
للتقدير بالمدة ، والقياس جوازه ، وأن يجب عند تقدير العمل بيان قدر الحوائث ،
والقطع الذي يكتب فيه .

فصل

يجوز الاستئجار لاستيفاء الحد والقصاص ، ونقل الميتة إلى الزبلة ، والجر
لثرائف ، ولا يجوز لنقل الجر من بيت إلى بيت ، ولا لسائر المنافع المحرمة ، كالزمر
والنباحة ، وكما يحرم أخذ الأجرة في هذا ، يحرم إعطاؤها . وإنما يباح الاعطاء

دون الأخذ في موضع ضرورة ، كفكك الأسير ، وإعطاء الشاعر للإيهجو ، والظالم ليدفع ظلمه ، والجائر ليحكم بالحق . وهذه الأمثلة ، المذكورة في باب القضاء .

النوع الثاني : العقار ، ويستأجر لأغراض .

منها : السكنى . فإذا استأجر داراً ، وجب معرفة موضعها ، وكيفية أبنيتها ، وفي الحمام ، يعرف البيوت والبئر التي يستقي منها ماءه ، والقيد الذي يسخن فيها ، ومبسط القماش ، والأثاثون وهو موضع الوقود وما يجمع الأثاثون من السرقين ونحوه ، والموضع الذي يجمع فيه الزبل والوقود ، ومطرح الرماد ، والمستنقع الذي يجتمع فيه الماء الخارج من الحمام . وعلى هذا قياس سائر المسكن . وهذا الذي ذكرناه من اشتراط الرؤية في الحمام ونحوه ، تفريع على منع إجارة الغائب ، فإن جوزناها ، لم تعتبر الرؤية ، بل يكفي الوصف والبيان ، ولا يدخل الوقود في بيع الحمام وإجارته ، كما لا تدخل الأئزر والأمطال والحبل والدلو . قال في « الشامل » : في رؤية قدر الحمام ، يكفي رؤية داخلها من الحمام ، أو ظاهرها من الأثاثون . والقياس : على اعتبار الرؤية أن يشاهد الوجهين إذا أمكن ، كما تعتبر مشاهدة وجهي الثوب .

فرع

ذكر في « شرح المفتاح » ، أنه لا بد في إجارة الدار من ذكر عدد السكان من الرجال والنساء والصبيان ، ثم لamenع من دخول زائر وضيف ، وإن بات فيها ليالي . قلت : هذا الاشتراط لا يعرف لغيره . والمختار : أنه لا يعتبر لكن يسكن فيها من جرت العادة به في مثلها ، وهذا مقتضى إطلاق الأصحاب ، فلا عدول عنه .

والله أعلم

فرع

لا بد من تقدير هذه المنفعة بالمدة ، وفي تقدير المدة التي يجوز عقد الاجارة عليها ثلاثة أقوال . المشهور والذي عليه جمهور الأصحاب : أنه يجوز سنين كثيرة ، بحيث يبقى إليها ذلك الشيء غالباً ، فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة ، والدابة تؤجر عشر سنين ، والثوب سنتين أو سنة على ما يليق به ، والأرض مائة سنة وأكثر . وقال ابن كج : يؤجر العبد إلى تمام مائة وعشرين سنة من عمره . والقول الثاني : لا يجوز أكثر من سنة مطلقاً . والثالث : لا يجوز أكثر من ثلاث سنين (١) . وحكي وجه : أنه يجوز أن يؤجرها مدة لاتبقى فيها العين غالباً ، لأن الاصل الدوام ، فان هلكت لعارض ، فكانهدام الدار ونحوه . وحكم الوقف في مدة الاجارة حكم الطائى . قال المتولي : إلا أن الحكم اصطلاحوا على منع إجارته أكثر من ثلاث سنين لئلا يندرس الوقف ، وهذا الاصطلاح ، غير مطرد . وفي أمالي السرخسي : أن المذهب منع إجارة الوقف أكثر من سنة إذا لم تمس إليه حاجة لهارة وغيرها ، وهو غريب . وإذا جوزنا إجارة أكثر من سنة ، فهل يجب تقدير حصة كل سنة ؟ قولان . أظهرها : لا ، وتوزع الأجرة على قيمة منافع السنين ، ومنهم من قطع بهذا .

فرع

إذا قال : أجرتك شهراً ، أو قال : سنة ، صح على الأصح ، وحمل على ما يتصل بالمعد . وقيل : يشترط أن يقول : من الآن . ولو قال : أجرتك شهراً من السنة ، فالمعد باطل قطعاً ، للإبهام . ولو قال : كل شهر بدرهم من الآن ، فباطل أيضاً على المشهور والصحيح . وقال في «الاملاء» : يصح في الشهر الأول ، وبه قطع الاصطخري . ولو قال :

(١) في هامش الأصل نسخة ، ونسخ الظاهرية : ثلاثين سنة .

كل شهر من هذه السنة بدرم ، لم يصح على الأصح ، وصححه ابن سريج في شهر فقط ، ونقل الامام عن الأصحاب ، أنهم قالوا : إذا قال : بتك كل صاع من هذه الصبرة بدرم ، لم يصح البيع ، لأنه لم يضاف إلى جميع الصبرة ، بخلاف ما لو قال : بتك هذه الصبرة كل صاع بدرم ، قال : وكان ينبغي أن يفرق فيقال : إن قال : بتك كل صاع من هذه الصبرة بدرم ، كان كقوله : بتك هذه الصبرة كل صاع بدرم ، ويصح العقد في الجميع . وإن قال : بتك هذه الصبرة كل صاع بدرم ، بطل على الأصح ، وعلى قول ابن سريج : يصح في صاع ، وكذلك يفرق في الاجارة . وقد قال بهذا الشيخ أبو محمد ، فسوئى بين قوله : بتك كل صاع من هذه الصبرة بدرم ، وبين قوله : بتك هذه الصبرة كل صاع بدرم ، فصحح البيع في جميع الصبرة باللفظين .

فرع

مدة الاجارة ، كأجل المسلم فيه ، في أن مطلق الشهر والسنة يحمل على العربي ، وفي أنه إذا قيد بالعددية ، أو قال : سنة فارسية أو رومية أو شمسية ، كان الاجل ما ذكره ، وفي أن العقد إذا انطبق على أول الشهر ، كان ذلك الشهر وما بعده بالأهلة . وإن لم ينطبق ، تم المنكسر بالعدد من الاخير ، ويحسب الباقي بالاهلة . وفي سائر المسائل المذكورة في السلم ، وفي التأجيل بالشمسية ، وجه : أنه لا يصح ، وهو شاذ .

فرع

قال : أجزتك شهراً من هذه السنة ، فإن لم يكن بقي منها إلا شهر ، صح ، وإن بقي أكثر من شهر ، لم يصح ، قاله المتولي والبغوي .

فصل

مما تستأجر له الارض ، البناء والفراس والزراعة . فاذا قال : أجرتك هذه الارض، ولم يذكر البناء ولا غيره ، وكانت صالحة للجميع ، لم يصح العقد ، لان منافع هذه الجهات مختلفة ، وضررها مختلف ، فوجب التعمين ، كما لو أجر بهيمة ، لا يجوز الاطلاق ، هكذا ذكره الأصحاب ، وجماعه متفقاً عليه ، حتى احتجوا به لأحد الوجهين في إعارة الأرض مطلقاً ، لكن قدمنا في مسألة إجارة الأرض التي لاماء لها ، تصریحهم^(١) بجواز الإجارة مطلقاً ، ويشبه أن تكون إجارتها مطلقاً ، على وجهين ،

(١) في هامش نسخة الظاهرية تجاه كلمة : تصریحهم . ما نصه :

أي : وأخر الشرط الثالث قبيل قوله : فصل : عرفت ، وحاصل ما ذكره الرافعي هنا أن تصریحهم هناك بجواز الاستئجار مطلقاً من غير بيان جنس المنفعة مفرغ على الوجه الذي خرج من الدارية أو مؤول ، وحاصل ما ذكره المؤلف انكار التخريج والاعتراف بالتأويل ، ولم يبين وجهه ، وله ثلاثة أوجه :

إما أن نفرض ذلك في « أجرتكها لتصنع بها ما شئت » فإنه يصح ، ويصنع ما شاء ، لرضاه به ، ولا يحتاج حينئذ إلى بيان جنس المنفعة .

أو أن اشتراط بيانه معروف مقرر في موضعه ، ويقرره هنا ، فلم يذكره هناك ، إذ الاور الكلية لا تتكرر في الصور الجزئية ، ألا ترى أن الإجارة ركن ، ولم يذكرها في كل صورة صورة . أو أن الغالب في الاراضي الاستئجار للزراعة ، فاستغني عن ذكرها ، إقامة لقريئة الحال مقام المقال ، حتى لو غلب في أرض الفراس كبعض البساتين فقط ، فينبغي أن يصح الاطلاق فيها ، ويحمل عليه ، إذ البناء فقط كالأشجار ، فينبغي أن يصح الاطلاق فيها ويحمل عليه . وإن استوى الثلاثة ، فينبغي البطلان حتى يبين ، ويحمل قولهم : « وهي صالحة » لكل على هذا النوع ، وبهذا يزول الالباس .

وهذا يحصل ما ذكره السبكي في شرحه . وممر تأليفه المرسوم بـ « العبر المدققة في الإجارة المطلقة » ، ولم يتعرض لهذا صاحب « المهبات » . وما ذكره ، أعني السبكي ، فيما إذا غلب الفراس أو البناء ، ذكر بعده بنحو ورقة ما يخالفه ، فقال : واتفق الأصحاب على أنه لا يفرس ولا يبنى لأن تقدير المدة يأبأها ، ولأنها إنما يستحقان بالشرط . ثم قال : وأما القول بجواز إطلاق الإجارة مع تجويزها ، فلم يقل به أحد . انتهى .

كعارتها . والأصح : المنع فيها . وما ذكروه في إجارة الأرض التي لاماء لها ، مفرع على الوجه الآخر أو مؤول .

قلت : المذهب ، ما نص عليه الأصحاب في المسائل الثلاث ، فلا تصح الإجارة هنا مطلقاً ، وتصح العارية على وجه ، لأن أمرها على التوسعة والارفاق ، فاحتمل فيها هذا النوع من الجهالة كإباحة الطعام ، بخلاف الإجارة ، فانها عقد مغالبة ، فهذا عمدة الأصحاب . وأما مسألة إجارة الأرض التي لاماء لها ، [فمؤولة] .

والله أعلم

[فرع ^(١)]

أجر بيتاً أو داراً ، لا يحتاج إلى ذكر السكنى ، لأن الدار لا تستأجر إلا للسكنى ووضع المتاع فيها ، وليس ضررها يختلف ، كذا ذكروه ، ويجوز أن يمنع فيقال : قد تستأجر أيضاً ليتخذها مسجداً ، ولعمل الحدادين والقصارين ، ولطرح الزبل فيها ، وهي أكثر ضرراً ، فما جعلوه مبطلاً في الأرض موجود هنا . فان قيل : ينزل في الدار على أدنى وجوه الانتفاع وهو السكنى ووضع المتاع ، لزم أن يقال في الأرض مثله ، وينزل على الزراعة ، ومقتضى هذا الاشكال ، أنه يشترط في استئجار الدار بيان أنه يستأجر للسكنى أو غيرها ، وقد قال به بعض شارحي « المفتاح » ^(٢) .

فرع

قال : أجرتك هذه الأرض لتنتفع بها بما شئت ، صحت الإجارة ، وله أن

(١) كلمة « فرع » زيادة من مخطوطات الظاهرية ، وليست في الاصل .

(٢) في هامش نسخة الظاهرية ما نصه : وحكاه ابن قدامة في « المغني » عن أبي ثور . هـ .

يصنع ما شاء، لرضاء ، وهذا هو الأصح ، وبه قطع الامام، والنزالي . وحكى البغوي
وجهاً بالنع ، كبيع عبد من عبيده . ولو قال : أجرتكها للزراعة ، ولم يذكر ما يزرع ،
أو للبناء أو للغراس وأطلق ، صح على الأصح عند الجمهور ، وبالنع قال ابن سريج ،
ونقله ابن كج عن النص في « الجامع الكبير » . ومن جوّز قال : يزرع ماشاء ،
للاطلاق . وكان يحتمل التنزيل على الأقل . ولو قال : أجرتكها لتزرع ماشئت ،
صحت الاجارة ، ويزرع ما شاء ، نص عليه . وعن ابن القطان وجه : أنها فاسدة كبيع
عبد من عبيده . ولو قال : أجرتكها لتزرع أو تفرس ، لم يصح . ولو قال : إن
شئت فازرعها ، وإن شئت فاغرسها ، صح على الأصح ، ويخير المستأجر . ولو قال :
أجرتكها فازرعها واغرسها ، أو لتزرعها وتفرسها ، ولم يبين القدر ، فوجهان . أحدهما
وبه قال ابن سلة : يصح وينزل على النصف . وعلى هذا ، فله أن يزرع الجميع ،
لجواز المدول من الغراس إلى الزرع ، ولا يجوز أن يفرس الجميع . وأصحها : لا يصح ،
وبه قال المزني ، وابن سريج ، وأبو إسحاق ، لعدم البيان ، بل قال القفال :
لو قال : ازرع النصف واغرس النصف ، لم يصح ، لأنه لم يبين المغروس والمزروع ،
فصار كقوله : بعتك أحد هذين العبدین بألف والآخر بخمسةائة .

فرع

يشترط في استئجار الأرض للبناء ، بيان موضعه وطوله وعرضه ، وفي بيان
قدر ارتفاعه ، وجهان سبقا في كتاب الصلح . أصحها : لا يشترط ، بخلاف ما إذا
استأجر سقفاً للبناء .

النوع الثالث : الدواب ، وتستأجر لأغراض . منها : الركوب ، وفيه مسائل .
إحداها : يشترط أن يعرف المؤجر الراكب ، وطريق معرفته المشاهدة ، كذا

قاله الجمهور . والأصح : أن الوصف التام يكفي عنها . ثم قيل : يصفه بالوزن .
وقيل : بالضخامة والنحافة ليعرف وزنه تخميناً .

الثانية : إن كان الراكب مجرداً ليس معه ما يركب عليه ، فلا حاجة إلى ذكر ما يركب عليه ، لكن المؤجر يركبه على ما شاء من سرج وإكاف وزاملة على ما يليق بالدابة . وإن كان يركب على رحل له ، أو فوق زاملة ، أو في حمل ، أو في عمارة ، أو أراد في غير الابل الركوب على سرج أو إكاف ، وجب ذكره . وينبغي أن يعرف المؤجر هذه الآلات . فإن شاهدها ، كنى ، وإلا ، فإن كانت سروجهم ومحاملهم وما في معناها على قدر وتقطع لا يتفاحش فيه التفاوت ، كفى الاطلاق ، وحمل على معهودهم . وإن لم يكن معهود مطرد ، اشترط ذكر وزن السرج والاكاف والزاملة ووصفها . هذا هو الصحيح المعروف . وقال الامام : لم يتعرض أحد من الأصحاب لاشتراط ذكر الوزن في السرج والاكاف ، لأنه لا يكثر فيها التفاوت . وأما الحمل أو المارية ، ففيها أوجه . أصحابها : أن المعتبر فيها المشاهدة ، أو الوصف مع الوزن لافادتهما التخمين . والثاني : يكفي الوزن أو الصفة . والثالث : لا بد من المشاهدة . والرابع : إن كانت محامل خفافاً كالبنغادية ، كفى الوصف ، لتقاربها ، وإن كانت ثقلاً كالخرسانية ، اشترطت المشاهدة ، وقال البغوي : تمتحن الزاملة باليد لتعرف خفتها وثقلها ، بخلاف الراكب لا تمتحن بعد المشاهدة . وينبغي أن يكون الحمل والمارية في ذلك كالزاملة .

فرع

لا بد في الحمل ونحوه من الوطاء ، وهو الذي يفرش فيه ليجلس عليه ، وينبغي أن يعرف بالرؤية أو الوصف ، والغطاء الذي يستظل به ويتوقى من المطر ، قد يكون

وقد لا يكون ، فيُحتاج إلى شرطه . وإذا شرطه ، قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ :
يكفي إطلاقه ، لتقارب تفاوته ، وبفطيه بجلد أو كساء أو لبند . وقال ابن كج والمتولي :
يشترط رؤيته أو وصفه ، وهو ظاهر النص كالوطاء . لكن إن كان فيه عرف
مطرد ، كفي الإطلاق ، وقد يكون للمحمل ظرف من لبود ، أو آدم ، فهو كالغطاء .
الثالثة : إذا استأجر للركوب ، وشرط حمل الماعليق وهي السفرة ، والاداة ،
والقدور ، والفممة ، فإن أراها المؤجر ، أو وضعها له وذكر وزنها ، صح ، وإلا ،
فلا تصح الاجارة على المذهب والمنصوص ، ومن صحح ، حمله على الوسط المتعاد .
وإن لم يشترط الماعليق ، لم يستحق حملها على الأصح . وقيل : هو كشرطها مطلقاً .
وهذا المذكور في السفرة والاداة الخاليتين ، فإن كان فيها طعام وماء ، فسيأتي
بيانها في الباب الثاني إن شاء الله تعالى .

الرابعة : إن كانت الاجارة على عين الدابة ، اشترط تعيينها ، وفي اشتراط
رؤيتها الخلاف في شراء الغائب . وإن كانت في الزمة ، اشترط ذكر جنسها ، أهي
من الابل ، أم الخيل ، أم الحمير والبغال ؟ ونوعها ، كالبخاتي والمراب . ويشترط
بيان الذكورة والأنوثة على الأصح ، لاختلاف الفرض بذلك ، فإن الأنثى أسهل سيراً ،
والذكر أقوى . ويشترط أن يقول : مهملج أو بحر أو قطوف ، على الأصح ،
لأن معظم الفرض يتعلق بكيفية السير .

الخامسة : إذا استأجر دابة للركوب ، فليبيننا قدر السير كل يوم ، فإذا بيننا ،
حملاً على الشروط ، فإن زادا في يوم أو نقصاً ، فلا جبران ، بل سيران بعده على
الشرط . ولو أراد أحدهما مجاوزة الشروط ، أو النزول دونه لخوف أو خصب ،
لم يكن له ذلك ، إلا أن يوافقه صاحبه ، ذكره البغوي . وكان يجوز أن يجعل الخوف
عذراً لمن يحتاط ، ويلزم الآخر موافقته .

قلت : هذا الذي قاله البغوي ، ضعيف ، وينبغي أن يقال : إن غلب على الظن حصول ضرر بسبب الخوف ، كان عذراً ، وإلا ، فلا . ولا يتجه غير هذا التفصيل .

والله أعلم

فإن لم يبيننا قدر السير ، وأطلقا العقد ، نظر ، إن كان في ذلك الطريق منازل مضبوطة ، صح العقد وحمل عليها ، وإن لم يكن منازل ، أو كانت والمادة مختلفة ، لم يصح العقد حتى يبيننا أو يتدّر بالزمان . هذا هو الصحيح المعروف الذي اشتملت عليه طرق الأصحاب . وقال أبو إسحاق : إذا اكرت إلى مكة في زماننا ، اشترط ذكر المنازل ، لأن السير في هذه الازمان شديد . وقال القاضي أبو الطيب : إن كان الطريق مخوفاً ، لم يحز تقدير السير فيه ، لأنه لا يتعلق بالاختيار ، وتابعه الروياني على هذا . ومقتضاه ، امتناع التقدير بالزمان أيضاً ، وحينئذٍ يتعذر الاستئجار في الطريق الذي ليس له منازل مضبوطة إذا كان مخوفاً .

فرع

القول في وقت السير ، أهو الليل ، أم النهار ؟ وفي موضع النزول في الرحلة ، أهو نفس القرية ، أم الصحراء ؟ وفي الطريق الذي يسلكه إذا كان المقصد طريقان على ما ذكرناه في قدر السير في أنه يحمل على المشروط أو المهود . وقد يختلف المهود في فصلي الشتاء والصيف ، وحالي الأمن والخوف ، فكل عادة تراعى في وقتها ، ومتى شرطاً خلاف المهود ، فهو المتبع ، لا المهود .

فصل

مما تستأجر له الدواب الحمل عليها، فينبغي أن يكون المحمول معلوماً، فإن كان حاضراً ورآه المؤجر، كفى، وإلا فلا بد من تقديره بالوزن، أو بالكيل إن كان مكيلاً، والتقدير بالوزن في كل شيء أولى وأحصر، ولا بد من ذكر جنسه، لاختلاف تأثيره. فلو قال: أجزتكم لتحمل عليها مائة رطل مما شئت، جاز على الأصح، ويكون رضى منه بأضر الاجتناس، فلا حاجة حينئذٍ إلى بيان الجنس. وقال صاحب «الرقم»: قال حذّاق المرازمة: إذا استأجر دابة للحمل مطلقاً، جاز، وجعل راضياً بالأضر، وحاصله الاستغناء بالتقدير عن ذكر الجنس. هذا في التقدير بالوزن، أما إذا قدر بالكيل، فالفهوم من كلام أبي الفرج السرخسي: أنه لا ينبغي عن ذكر الجنس وإن قال: عشرة أقفزة مما شئت، لاختلاف الاجتناس في الثقل مع الاستواء في الكيل، لكن يجوز أن يجعل ذلك رضىً بأثقل الاجتناس، كما جعل في الوزن رضىً بأضر الاجتناس.

قلت: الصواب قول السرخسي، والفرق ظاهر، فإن اختلاف التأثير بعد الاستواء في الوزن، بسير، بخلاف الكيل، وأين ثقل الملح من ثقل الذرة؟ والله أعلم

ولو قال: أجزتكم لتحمل عليها ما شئت، لم يصح، بخلاف إجارة الأرض ليزرعها ما شاء، لأن الدواب لا تطيق كل ما تحمّل.

فرع

ظروف التاع وحباله، إن لم تدخل في الوزن، بأذا قال: مائة رطل حنطة،

أو كان التقدير بالكيل ، فلا بد من معرفتها بالرؤية أو الوصف ، إلا أن يكون هناك غرائز متماثلة اطرد العرف باستعمالها ، فيحمل مطلق العقد عليها . وإن دخلت في قدر المتاع ، بأن قال : مائة رطل حنطة بظروفها ، صح العقد . ولو اقتصر على قوله : مائة رطل ، فالأصح : أن الظرف من المائة . والثاني : أنه ورائها ، لأنه السابق إلى الفهم . فعلى هذا ، يكون الحكم كما لو قال : مائة رطل من الحنطة ، والمسألة مفرقة على الاكتفاء بالتقدير . وإهمال ذكر الجنس ، إما مطلقاً ، وإما [بأن] قال : مائة رطل مما شئت .

فرع

الدابة المستأجرة للحمل ، إن كانت معينة ، فعلى ما ذكرناه في الركوب . وإن كانت الاجارة على الذمة ، لم يشترط معرفة جنس الدابة وصفتها ، بخلاف الركوب ، لأن المقصود هنا تحصيل المتاع في الموضع المنقول إليه ، فلا يختلف الغرض . لكن لو كان المحمول زجاجاً أو خزفاً وشبهها ، فلا بد من معرفة حال الدابة ، ولم ينظروا في سائر المحمولات إلى تعلق الغرض بكيفية سير الدابة بسرعة أو بطء ، وقوة أو ضعف ، وتخلّفها عن القافلة على بعض التقديرات . ولو قيل به ، لم يكن بعيداً . والكلام في المماثلين وتقدير السير ، على ما ذكرناه في الاستئجار للركوب .

فرع

استأجره لحمل هذه الصبرة إلى موضع كذا ، كل صاع بدرم ، أو صاع منها بدرم ، وما زاد فبحسابه ، صح العقد كما لو باع كذلك ، بخلاف ما لو قال : أجزتك كل شهر بدرم ، لأن جملة الصبرة معلومة محصورة ، بخلاف الأشهر . ولو قال :

لتحمل صاعاً منها بدرم ، على أن تحمل كل صاع منها بدرم ، أو على أن مازاد فبحسابه ، فوجهان . أصحابها : المنع ، لأنه شرط عقد في عقد . والثاني : الجواز ، وتقديره : كل صاع بدرم . ولو قال : لتحمل هذه الصبرة وهي عشرة آصع ، كل صاع بدرم ، فإن زادت ، فبحسابه ، [صح] العقد في العشرة ، دون الزيادة المشكوك فيها . ولو قال : لتحمل من هذه الصبرة كل صاع بدرم ، لم يصح على المذهب ، وهو المعروف . وقد سبق في مثله من البيع وجه : أنه يصح في صاع ، فيعود هنا .

فصل

ومن الاغراض ، سقي الأرض بإدارة الدولاب ، والاستقاء من البئر بالدلو . فإن كانت الاجارة على عين الدابة ، وجب تعيينها كما في الركوب والحمل . وإن كانت في الزمة ، لم يجب بيان الدابة ومعرفة جنسها . وعلى التقديرين يعرف المؤجر الدولاب والدلو وموضع البئر وعمقها ، بالمشاهدة ، أو الوصف إن كان الوصف يضبطها ، ويقدر المنفعة ، إما بالزمان ، بأن يقول : لتسقي بهذا الدلو من البئر اليوم ، وإما بالعمل ، بأن يقول : لتسقي خمسين دلواً من هذه البئر بهذا الدلو . ولا يجوز التقدير بالأرض ، بأن يقول : لتسقي هذا البستان ، أو لتسقي جريباً منه .

فصل

ومنها : الحراثة ، فيجب أن يعرف المؤجر الأرض ، لاختلافها . وتقدر المنفعة ، إما بالزمان ، بأن يقول : لتحث في هذه الأرض الشهر ، وإما بالعمل ، بأن يقول : لتحث هذه القطعة ، أو إلى موضع كذا منها . وقيل : لا يجوز تقدير هذه المنفعة بالمدة ، قاله الشيخ أبو حامد . والصحيح : الأول . ولا بد من معرفة الدابة إن

كانت إجارة عين . وإن كانت في الذمة ، فكذلك إن قدر بالمدّة وجوزناه ، لأن العمل يختلف باختلاف الدابة . وإن قدر بالأرض المحروثة ، فلا حاجة إلى معرفتها .

فصل

ومنها : الدّياس ، فيعرف المؤجر الجنس الذي يريد دياسه ، ويقدر المنفعة بالزمان ، أو بالزرع الذي يدوسه . والقول في معرفة الدابة ، على ما ذكرناه في الحرائة .

فصل

الاستئجار للطحن كالاستئجار للدّياس .

فصل

جملة ما يجب تعريفه في الاجارات ، مما ذكرناه وما لم نذكره ، أن ما يتفاوت به الفرض ، ولا يتسامح به في المعاملة ، يشترط تعريفه .

فصل

اختلف الأصحاب في أن المعقود عليه في الاجارة ماذا ؟ فقال أبو إسحاق وغيره : هو العين ليستوفي منها المنفعة ، لأن المنفعة معدومة ، ومورد العقد يجب أن يكون موجوداً ، ولأن اللفظ مضاف إلى العين . ولهذا يقول : أجزتك هذه الدار . وقال الجمهور : ليست العين معقوداً عليها ، لأن المعقود عليه هو ما يستحق بالعقد ، ويجوز التصرف فيه ، وليست العين كذلك . فالمعقود عليه ، هو المنفعة ، وبه قال مالك

وأبو حنيفة رضي الله عنها ، وعليه ينطبق قول جمهور أصحابنا : أن الاجارة تمليك
المنافع بعوض ، ويشبه أن لا يكون هذا خلافاً محققاً ، لان الاول لا يقول : العين
مملوكة بالاجارة كالبيع . ومن قال بالثاني ، لا يقطع النظر عن العين .

الباب الثاني في حكم الاجارة الصحيحة

فيه طرفان .

[الطوف] الأول : فيما يقتضي اللفظ دخوله في العقد وضماً أو عرفاً ، وما يلزم المتكاريين
إتماماً له ، ومسائله مقسومة على الانواع الثلاثة المذكورة في شرط العلم بالمنفعة .

[النوع] الأول : استئجار الآدمي ، وفيه فصلان .

[الفصل] الأول : الاستئجار للحضانة وحدها ، والارضاع وحده جائز ، وكذا لهما معاً
كما سبق وذكرنا أن المستحق بالاجارة للارضاع ما هو ؟ وأما الحضانة ، فهي حفظ
الصبي وتمهده ، بفسله ، وغسل رأسه وثيابه وخرقه ، وتطهيره من النجاسات ، ودهنه
وكحلّه ، وإرضاعه في مهده ، وربطه وتحريكه في المهد لينام . وإذا أطلق الاستئجار
لأحدهما ، ولم ينف الآخر ، ففي استنباعه الآخر ثلاثة أوجه . أصحها : منع الاستنباع .
والثاني : إثباته للعادة بتلازمها . والثالث : يستتبع الارضاع الحضانة ولا عكس .
فان أثبتنا فيها ، أو شرطها ، فانقطع اللبن ، فثلاثة أوجه مبنية على أن العقود عليه
في هذه الاجارة ماذا ؟ أحدها : أنه اللبن ، والحضانة تابعة ، فعلى هذا يفسخ العقد
بانقطاعه ، والثاني : الحضانة ، واللبن تابع ، فعلى هذا لا يفسخ العقد ، لكن للمستأجر
الخيار ، لأنه عيب . وأصحها : العقود عليه كلاهما ، لأنها مقصودان . فعلى هذا ،
يفسخ العقد في الارضاع ، ويسقط قسطه من الأجرة . وفي الحضانة قولاً تفريق الصفقة ،

ولم يفرقوا في طرد الأوجه بين أن يصرح بالجمع بينها ، أو يذكر أحدها ونحكم باستتباعه الآخر . وحسن أن يفرق فيقال : إن صرح ، فمقصودان قطعاً . وإن ذكر أحدهما ، فهو المقصود ، والآخر تابع .

فرع

يلزم المرضعة أن تأكل وتشرب ما يدره به اللبن ، وللمكثري أن يكلفها ذلك .
الفصل الثاني : إذا استأجر ورقاً ، فعلى من الحبر ؟ فيه ثلاثة طرق . أصحابها : الرجوع إلى العادة . فإن اضطربت ، وجب البيان ، وإلا ، فيبطل العقد . وأشهرها : القطع بأنه لا يجب على الوراق . والثالث : أنه على الخلاف في أن اللبن هل يتبع الحضانة ؟ وإذا أوجبنا على الوراق ، فهو كاللبن في أنه لا يجب تقديره . وإن صرح باشتراطه عليه ، فهو كما لو صرح بالارضاع والحضانة . وإذا لم نوجبه عليه ، فشرط في العقد ، بطل العقد إن لم يكن معلوماً ، وإلا ، فطريقان . أحدهما : يصح العقد ، لأن المقصود الكتابة ، والحبر تابع . والثاني : أنه شراء واستئجار ، وليس الحبر كاللبن ، لا يمكن إفراده بالشراء . وعلى هذا ، ينظر ، إن قال : اشتريت منك هذا الحبر على أن تكتب به كذا ، فهو كشراء الزرع بشرط أن يحصده البائع . وإن قال : اشتريت الحبر واستأجرتك لتكتب به كذا بعشرة ، فهو كقوله : اشتريت الزرع واستأجرتك لتحصده بعشرة . وإن قال : اشتريت الحبر بدرهم واستأجرتك لتكتب به بعشرة ، فهو كقوله : اشتريت الزرع بعشرة واستأجرتك لتحصده بدرهم ، وحكم الصور المذكور في البيع .

فرع

إذا استأجر الخياط والصباغ وملقح النخل والكحل ، فالقول في الحيط والصبغ
الروضة ج ٥ - م / ١٤

وطلع النخل والذّرور ، كما ذكرنا في الخبر . هذا هو المذهب وعليه الجمهور . وقطع الامام وشيخه والغزالي ، بأن الخيط لا يجب على الخياط ، لأن المادة الغالبة في الخيط خلاف الخبر والصبر .

النوع الثاني : المقار ، وهو صنفان ، مبني كالدار والحمام ، وغيره .

فالاول : فيه مسألتان .

إحداهما : ما يحتاج إليه الدار المكررة من العمارة ، وهو ثلاثة أضرب . أحدها : مَرَمَةٌ لا تحتاج إلى عين جديدة ، كقائمة جدار مائل ، وإصلاح منكسر ، وغلق تسر فتحة . الثاني : ما يحوج إلى عين جديدة ، كبناء ، وجذع جديد ، وتطين سطح ، والحاجة في الضربين لخلل عرض في دوام الاجارة . الثالث : عمارة يحتاج إليها لخلل قارن العقد ، بأن أجزء داراً ليس لها باب ولا ميزاب . ولا يجب شيء من هذه الأضرب على المستأجر ، بل هي من وظيفة المؤجر ، فان باذر إلى الإصلاح ، فلا خيار للمستأجر ، وإلا ، فله الخيار إذا نقصت المنفعة . حتى لو وكّف البيت لتترك التطين ، قال الأصحاب : له الخيار . فاذا انقطع بطل الخيار ، إلا إذا حدث بسببه نقص . وإنما يثبت الخيار في الضرب الثالث ، إذا كان جاهلاً به في ابتداء الحال . وهل يجبر المؤجر على هذه المهارات ؟ قال جماعة منهم المتولي والبلغوي : لا يجبر في شيء منها ، لأنه إلتزام عين لم يتناولها العقد . وقال الامام والغزالي والسرخي : يجبر على الضرب الأول ، ولا يجبر على الثالث قطعاً ، ولا على الثاني على الأصح . وقال القاضي حسين وأبو محمد : يجبر توفيراً للمنفعة . ويجري الوجهان فيما إذا غُصبت المستأجرة وقدر المالك على الانتزاع .

قلت : ينبغي أن يكون الصحيح هنا ، وجوب الانتزاع . والله أعلم

ولا شك أنه إذا كان العقد على موصوف في الذمة ، ولم ينتزع ماسأله ، يطالب

يبدله . وحكى الامام تفریباً على طريقته وجبین ، في أن الدِّعامة المانعة من الانهدام
إذا احتیج إليها ، من الضرب الأول ، أم من الثاني ؟

فرع

يجب على المكري تسليم مفتاح الدار ، للتمكن من الانتفاع ، بخلاف ما إذا كانت
العادة فيه الاقفال ، فانه لا يجب تسليم القفل ، لأن الأصل أن لا يدخل المنقولات
في العقد الواقع على العقار ، والمفتاح تابع للعلق . وإذا سلم ، فهو أمانة في يد المستأجر .
فان ضاع بلا تفریط ، فلا شيء عليه ، وإبداله من وظيفة المؤجر ، وهل يطالب به ؟ فيه
الخلاف السابق في المهارات . فان لم يبدله ، فلمستأجر الخيار .

المسألة الثانية : تطهير الدار عن الكناسة والأنثون عن الرماد في دوام الاجارة ،
على المستأجر ، لأنها حصلاً بفعله ، وكسح الثلج عن السطح ، من وظيفة المؤجر ،
لأنه كعمارة الدار . فان تركه على السطح وحدث به عيب ، فلمستأجر الخيار .
قال الامام : وهل يجب عليه ؟ فيه الخلاف السابق في المهارة . وحكي وجه :
أنه لا يجب الكسح وإن وجبت المهارة ، لأنها تجب لتعود الدار إلى ما كانت . وأما
الثلج في عرصة الدار ، فان خف ولم يمنع الانتفاع ، فهو ملحق بكسح الدار . وإن
كثف ، فكذلك على الأصح ، وقيل : كتنقية البالوعة ، وفيها خلاف يأتي إن شاء
الله تعالى ، لأنه يمنع التردد في الدار .

فرع

يلزم المؤجر تسليم الدار وبالوعتها وحشها فارغان . فان كان مملوءاً ، فلمستأجر
الخيار ، وكذا مستنقع الحمام ، وهو الموضع الذي تنصب إليه الغسالة . فلو امتلأت

البالوعة والحش والمستنقع في دوام الاجارة ، فهل تفرينها على المؤجر تمكيناً من الانتفاع ببقية المدة ؟ أم على المستأجر لحصوله بفعله ؟ وجهان . أصحابها : الثاني ، وبه قطع الماوردي وابن الصباغ والتولي ، كنقل الكناسات . فان تعذر الانتفاع ، فليبق ، ولا خيار له على الصحيح . ولا يلزم المستأجر التنقية عند انقضاء المدة ، ولا تفرين مستنقع الحمام ، ويلزمه التطهير من الكناسة ، وفسروها بالقشور وما سقط من الطعام ونحوه ، دون التراب الذي يجتمع بهبوب الرياح ، لأنه بغير فعله ، لكن قد سبق أن تلج العرصة لا يلزم المؤجر نقله ، بل هو كالكناسة ، مع أنه حصل لا بفعله ، فيجوز أن يكون التراب أيضاً كالكناسة وإن حصل لا بفعله .

قلت : هذا الاحتمال ضعيف . والصواب : أنه لا يلزم المستأجر نقل التراب كما قاله الأصحاب ، وليس المراد بما سبق في تلج العرصة أنه يلزم المستأجر نقله ، بل المراد أنه لا يلزم المؤجر ، فكذا هنا لا يلزم واحداً منها . والله أعلم

قال الامام والغزالي : رماد الأتّون كالكناسة ، فيجب على المستأجر نقله . وفي « التهذيب » أنه لا يجب ، لأنه من صورة استيفاء المنفعة ، بخلاف الكناسة .

فرع

الدار المستأجرة للسكنى ، لا يجوز طرح الرماد والتراب في أصل حائطها ، ولاربط دابة فيها ، بخلاف وضع الامتعة . وفي جواز طرح ما يسرع [إليه] الفساد^(١) وجهان . أصحابها : الجواز ، لأنه معتاد .

الصنف الثاني : الأرض البيضاء . فإذا استأجر أرضاً للزراعة ولها شرب معلوم ، فإن شرط دخوله في العقد أو خروجه ، اتبع الشرط ، وإلا ، فإن اطردت المادة

(١) في نسخة الظاهرية : ما يسرع إليه الفأر .

باتباعه الأرض ، أو انفراده ، اتبعت . وإن اضطربت ، فكانت تكرر وحدها تارة ، ومع الشرب تارة ، فأوجه . أصحابها : لا يجعل الشرب تابعاً اقتصاراً على مقتضى اللفظ ، إنما يزداد عليه بعرف مطرد . والثاني : يجعل تابعاً . والثالث : يبطل العقد من أصله ، لأن تعارض المقصودين يوجب جهالة .

فصل

استأجر أرضاً لزراع معين ، فانقضت المدة ولم يدرك ، فلعدم الإدراك فيها أسباب . أحدها : التقصير في الزراعة ، بأن آخرها حتى ضاق الوقت ، أو أبدل الزرع المعين بما هو أبطأ منه ، أو أكله الجراد ونحوه ، فزرع ثانياً ، فللمالك إجباره على قلمه ، وعلى الزارع تسوية الأرض كالفاسب ، هذا لفظ البغوي ، ومقتضى إلحاقه بالفاسب ، أن يقلع زرعه قبل انقضاء المدة أيضاً ، لكن المتولي وغيره صرحوا بأنه لا يقلع قبل انقضاء المدة ، لأن منفعة الأرض في الحال له . قلت : الصواب ما صرح به المتولي وغيره ، وليس مراد البغوي بإلحاقه بالفاسب ، القلع قبل المدة . والله أعلم

فرع

للمالك منعه من زراعة ما هو أبطأ إدراكاً ، وهل له منعه من زراعة الزرع المعين ابتداءً إذا ضاق الوقت ؟ وجهان لأنه استحق منفعة الأرض تلك المدة ، وقد يقصد القصيل .

قلت : الأصح : أنه ليس له منعه . والله أعلم

السبب الثاني : أن يتأخر الإدراك لحر أو برد ، أو كثرة المطر ، أو أكل

الجراد رؤوس الزرع، فنبت ثانياً فتأخر لذلك ، فالصحيح أنه لايجبر على القلع ، بل على المالك الصبر إلى الادراك مجاناً أو بأجرة المثل. وقيل : له قلمه مجاناً، لخروجه عن المدة .

السبب الثالث : أن يكون الزرع المعين بحيث لايدرك في المدة ، بأن استأجر لزراعة الحنطة شهرين . فان شرطاً القلع بعد المدة ، جاز، وكأنه أراد القصيل . ثم لو تراضيا على الإبقاء مجاناً أو بأجرة المثل ، جاز ، فان شرطاً الإبقاء ، فسد العقد، للتناقض بينه وبين التوقيت ، ولجهالة مدة الادراك ، ويجيء فيه خلاف سنذكره قريباً إن شاء الله تعالى . وإذا فسد العقد ، فللمالك منعه من الزراعة ، لكن لو زرع، لم يقلع مجاناً ، للاذن ، بل يأخذ منه أجرة المثل لجميع المدة . وإن أطلقا العقد، ولم يتعرضا لقلع ولا إبقاء ، صح العقد على الأصح . فملى هذا ، إن توافقا بعد المدة على إبقائه مجاناً أو بأجرة ، فذاك . وإن أراد المالك إجباره على القلع ، لم يكن له على الأصح، وهو اختيار القفال ، لأن المادة فيه الإبقاء . وعلى هذا ، فالأصح أن له أجرة المثل للزيادة. وقيل : لا ، لأنه في معنى معير الزيادة . وقال أبو الفرج السرخسي : إذا قلنا : لا يقلع بعد المدة ، لزم تصحيح العقد إذا شرط الإبقاء بعد المدة ، وكأنه صرح بمقتضى الإطلاق ، وهذا حسن . أما إذا استأجر للزراعة مطلقاً وقلنا بالأصح وهو صحته ، فعليه أن يزرع مايدرك في تلك المدة . فان زرعه وتأخر إدراكه لتقصير أو لغيره ، فعلى ماذكرناه في الزرع المعين . ولو أراد أن يزرع ما لايدرك في تلك المدة ، فللمالك منعه . فلو زرع ، لم يقلع إلى انقضاء المدة . وقال صاحب المذهب ، يحتمل أن لا يمنع من زرعه ، كما لا يقلع إذا زرع .

فصل

استأجر للبناء أو الفراس ، فان شرط القلع ، صح العقد ، ولزم المستأجر القلع

بعد المدة ، وليس على المالك أرض النقصان ، ولا على المستأجر تسوية الأرض
ولا أرض نقصها ، لتراضيها بالقلع . ولو شرطاً الإبقاء بعد المدة ، فوجهان . أحدهما :
المقد فاسد ، لجهالة المدة . وهذا أصح عند الامام والبنوي . والثاني : يصح ، لأن
الاطلاق يقتضي الإبقاء ، فلا يضر شرطه ، وبهذا قطع العراقيون أو جمهورهم ، ويتأيد
به كلام الرخسي في مسألة الزرع . فان قلنا بالفساد ، لزم المستأجر أجرة المثل
للمدة ، وما بعدها حكمه ما سنذكره فيما إذا أطلقا المقد . أما إذا أطلقا ، فالذهب
صحة العقد . وقيل : وجهان ، وليس بشيء ، ثم ينظر بعد المدة ، فان أمكن القلع
والرفع بلا نقص ، فعل ، وإلا ، فان اختار المستأجر القلع ، فله ذلك ، لأنه ملكه .
وهل عليه تسوية الحفر وأرض نقص الأرض ؟ وجهان . الأصح المنصوص : يلزمه ،
لتصرفه في أرض الغير بالقلع بعد خروجها من يده ، وتصرفه بغير إذن مالكيها . فعلى
هذا ، لو قلع قبل (١) المدة ، لزمه التسوية على الأصح ، لعدم الاذن . وقيل : لا ،
لبقاء الأرض (٢) في يده وتصرفه . وإن لم يختار القلع ، فهل للمؤجر أن يقامه مجاناً ؟
فيه طريقان . أحدهما : القطع بالمنع . والثاني : على وجهين . أحدهما : هذا ، لأنه
بناءً محترم . والثاني : نعم . فان منعتنا ، فالكلام في أن المؤجر ، يتخير بين أن
يقلع ويغرم أرض النقص مع نقص الثمار إن كان على الشجر ثمر ، أو يملكه عليه
بالقيمة ، أو يبقيه بأجرة يأخذها ، أو لا يتخير إلا بين الخصلتين الأوليين من هذه
الثلاث ، على ما ذكرناه إذا رجع المعير عن العارية . وإذا انتهى الامر إلى القلع ،
فمباشرة القلع أو بدل مؤنته ، هل هي على المؤجر لانه الذي اختاره ، أم على
المستأجر لانه شغل الارض فليفرغها ؟ وجهان . أحدهما : الثاني . وإذا عين

(١) في الاصل : بعد ، وما أثبتناه من مخطوطات الظاهرية .

(٢) في الاصل : المدة ، وما أثبتناه من مخطوطات الظاهرية .

المؤجر خصلة، فامتنع منها المستأجر ، ففي إجباره ما ذكرناه في إجبار المستعير . فإن أجبرناه ، كلف تفريغ الارض مجاناً ، وإلا ، فلا ، بل هو كما لو امتنع المؤجر من الاختيار ، وحينئذٍ هل يبيع الحاكم الارض بما فيها ، أم يعرض عنها ؟ فيه خلاف سبق .

فرع

الاجارة الفاسدة للغراس والبناء كالصحيحة في تخيير المالك ومنع القلع مجاناً .

فصل

إذا استأجر لزراعة جنس معين ، جاز أن يزرعه وما ضرره مثل ضرره أو دونه ، لا مافوقه، والحنطة فوق ضرر الشعير . وكل واحد من الذرة والارز فوق ضرر الحنطة . وعن البويطي : أنه لا يجوز زرع غير المعين ، فقليل : هو قول للشافعي رضي الله عنه . وقيل : هو مذهب للبويطي . وكيف كان ، فالذهب جوازه . هذا إذا عين جنساً أو نوعاً . فلو قال : أجرتكها لزرع هذه الحنطة ، ففي صحة العقد وجهان . أحدهما : النع ، لان تلك الحنطة قد تلف . والثاني : الصحة ، وهو اختيار ابن كعب ، ولا تتمذر الزراعة بتلف تلك الحنطة .

قلت : الاصح : الصحة ، لانه لا يتمذر بتلف الحنطة . ولو تمذر ، لم يكن احتمال التلف مانعاً ، كالأستئجار لارضاع هذا الصبي ، والحمل على هذه الدابة .

والله اعلم

ولو قال : لتزرع هذه الحنطة ولا تزرع غيرها ، فأوجه . أحدها : يفسد العقد ، لأنه ينافي بمقتضاه . قال ابن كجج والرويانى : وهذا هو المذهب . والثاني وهو اختيار الامام : صحة العقد وفساد الشرط ، لأنه شرط لا يتعلق به غرض ، فهو كقوله : أجرتك على أن لا تلبس إلا الحرير . والثالث : يصح العقد والشرط ، لأنه يملك المنفعة من المؤجر ، فملك بحسب التملك .

قلت : الأول أقوى . والله أعلم

وعلى هذا قياس استيفاء سائر المنافع . فإذا استأجر دابة الركوب في طريق ، لم يركبها في طريق أحزن (١) منه ، وله ركوبها في مثل ذلك الطريق . وإذا استأجر لحمل الحديد ، لم يحمل القطن ولا العكس ، وإذا استأجر دكاناً لصنعة ، منع مما فوقها في الضرر .

فرع

إذا تعدى المستأجر للحنطة ، فزرع الذرة ، ولم يتخصصا حتى انقضت المدة وحصد الذرة ، فالذهب ، وهو نصه في « المختصر » وبه قال أبو علي الطبري والقاضي أبو حامد : أن المؤجر بالخيار ، بين أن يأخذ المسمى وبذل النقصان الزائد بزراعة الذرة على ضرر الحنطة ، وبين أن يأخذ أجرة المثل لزرع الذرة . وقال كثيرون : في المسألة قولان . أحدهما (٢) : تعيين أجرة المثل للذرة . والثاني : تعيين المسمى

(١) في مخطوطات الظاهرية : أخشن .

(٢) في نسخ الظاهرية : أظهرهما .

وبدل النقص . وقال ابن القطان : قولان . أحدهما : المسمى وبديل النقص .
والثاني : التخيير .

قلت : وهل يصير ضامناً للأرض غاصباً ؟ وجهان حكاهما الشاشي في المستظري ،
أصحهما : لا . والله أعلم

ولو تخاصما عند إرادته زراعة الذرة ، منع منها ، وإن تخاصما بعد زراعتها وقبل
حصانها ، فله قلمها . وإذا قلع ، فإن تمكن من زراعة الحنطة ، زرعها ، وإلا ، فلا
يزرع ، وعليه الأجرة لجميع المدة ، لأنه الذي فوت مقصود المقد . ثم إن لم تمض
على بقاء الذرة مدة تتأثر الأرض بها ، فذاك ، وإن مضت ، فالمستحق أجرة المثل ؛
أم قسطها من المسمى مع بدل النقصان ؟ أم يتخير بينهما ؟ فيه الطرق السابقة .
والطرق جارية فيما إذا استأجر داراً ليسكنها ، فأسكنها الحدادين أو القصارين ،
أو دابة ليحمل عليها قطناً ، فحمل بقدره حديداً ، أو غرفة ليضع فيها مائة رطل
حنطة ، فأبدلها بجديد ، وكذا كل صورة لا يتميز فيها المستحق عما زاد . فلو تميز ،
بأن استأجر دابة لحمل خمسين رطلاً ، فحمل مائة ، أو إلى موضع ، فجاوزه ، وجب
المسمى وأجرة المثل لما زاد قطعاً . ولو عدل عن الجنس الشروط إلى غيره ، بأن
استأجر للزرع ، ففرس ، أو بئى ، وجبت أجرة المثل على المذهب . وقيل بطرد
الخلاف . وإذا قلنا بالمذهب في أصل المسألة : إنه يتخير ، فاختار المسمى وبديل
النقصان الزائد ، فمثله أجرة مثلها للحنطة خمسون ، والذره سبعون ، وكان المسمى
أربعين ، فله الأربعون والتفاوت بين الاجرتين وهو عشرون .

قلت : وإذا حصد المستأجر ما أذن فيه بعد المدة ، نزمه قلع ما يبقى في الأرض
من قصب الزرع وعروقه ، لأنه عين ماله ، فنزمه إزالته عن ملك غيره . ومن

صرح به ، صاحب « البيان » . والله أعلم

النوع الثالث : استئجار الدواب ، وفيه مسائل .

[المسألة الأولى: إذا اكترى الركوب، قال الأكثرون: على المؤجر الاكاف والبرذعة، والحيزام ، والثقفر ، والخطام ، والبيرة ، لانه لا يتمكن من الركوب دونها .
والعرف مطرد بكونها على المؤجر . وفي السرج إذا اكترى الفرس أوجه . ثالثها:
اتباع المادة .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » اتباع المادة . والله أعلم

وقال أبو الحسن البادي في « الرقم » : لا يلزم مكري الدابة إلا تسليمها عارية ، والآلات كلها على المستأجر . وقال البغوي : ماعدا السرج والاكاف والبرذعة، فعلى المؤجر . وأما هذه الثلاثة ، فإن استأجر عين الدابة ، فهي على المستأجر ، ويضمن لو ركب بنير إكاف وسرج . وإن كانت على الذمة ، فعلى المؤجر ، لأنها للتمكين من الانتفاع . أما ماهو للتسهيل على الراكب، كالحمل ، والمظلة ، والوطاء ، والغطاء ، والحبل الذي يشد به الحمل على البعير ، والذي يشد به أحد الحملين إلى الآخر ، [فعلى المستأجر ، والعرف مضطرد به ، وفي «المهذب» (١) وجه في الحبل الذي يشد به أحدهما إلى الآخر أنه على المستأجر ، وهو شاذ بعيد ، مع القطع بأن الحمل وسائر توابعه على المستأجر . وأما شد أحد الحملين إلى الآخر] ، فهل هو على المكري كالشد على الحمل ؟ أم على المكثري لانه إصلاح ملكه ؟ وجهان .

قلت : أصحها : الاول . ومن صححه صاحب « البيان » . والله أعلم

هذا إذا أطلق العقد ، أما إذا قال : أكريتك هذه الدابة العارية بلا حزام ولا إكاف ولا غيرها ، فلا يلزمه شيء من الآلات .

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : « التهذيب » .

المسألة الثانية : إذا اُكْتَرى للحمل ، فالوعاء الذي يُنقل فيه المحمول ، على المستأجر إن وردت الاجارة على عين الدابة. وعلى المؤجر إن ورت على الذمة. والدلو والرشاء في الاستئجار للاستقاء كالوعاء في الحمل ، فيفرق بين العين والذمة. وعن القاضي حسين: أنه إن كان معروفاً بالاستقاء بالآلات نفسه ، لزمه الاتيان بها، وهذا يجب طرده في الوعاء. ورأى الامام في إجارة الذمة ، الفرق بين أن يلتزم الغرض مطلقاً ولا يتعرض الدابة فتكون الآلات عليه، وبين أن يتعرض لها بالوصف وحينئذ يتبع المادة . فان اضطربت ، احتمل واحتمل . وإذا رأينا اتباع المادة ، فاضطربت ، فالاصح أنه يشترط لصحة العقد التقييد .

قلت : الاصح الذي عليه الجمهور ماسبق. والله أعلم

فرع

مؤنة الدليل وسائق الدابة وقائدها والبذرة وحفظ المتاع في المنزل، كالوعاء.

المسألة الثالثة: الطعام المحمول ليؤكل في الطريق، كسائر المحمولات في اشتراط

رؤيته أو تقديره بالوزن على الصحيح . وقيل : لا يشترط تقديره ، ويحمل الامر فيه على المادة . فعلى الصحيح : لا يشترط تقدير ما يؤكل منه كل يوم ، لصحة العقد على الصحيح. وإذا قدره وحمله ، فان شرط أنه يبدله كلها نقص، أو لا يبدله، اتبع الشرط ، وإلا ، فان في بعضه أو كله بسرقة أو تلف ، فله الابدال كسائر المحمولات . وإن في بالاكل ، فان في كله ، أبدله على الصحيح . وإن في بعضه ، أبدله على الاظهر . ويقال : الاصح. وموضع الخلاف ، إذا كان يجبد الطعام في المنازل المستقبلية بسعر المنزل الذي هو فيه . أما إذا لم يجده ، أو وجده بأعلى ، فله

الابدال قطعاً . وإذا قلنا : لا يشترط تقدير الزاد وحمل ما يعتاد لمثله ، لم يبدله حتى يفتى كله ، وفيه وجه ضعيف .

الرابعة : إذا اكرت المركوب في الذمة، لزم المؤجر الخروج مع الدابة لسوقها ، وتمهدها ، وإعانة الراكب في الركوب والنزول . وتراعى العادة في كيفية الاعانة . فينيخ البعير للمرأة ، لأنه يصعب عليها النزول والركوب مع قيام البعير ، وكذا إذا كان الرجل ضعيفاً لمرض أو شيخوخة ، أو كان مفرط السمن ، أو نضو الخلق ، ينيخ له البعير ، ويقرب البغل والحمار من نَشَرَ يسهل عليه الركوب ، والاعتبار في القوة والضعف بحال الركوب ، لاجبال العقد . وإذا اكرت للحمل في الذمة ، لزم المؤجر رفع الحمل وحطه وشد الحمل وحلته . وفي شد أحد الحملين إلى الآخر وهما بعداً على الأرض ، الوجهان السابقان قريباً . ويقف الدابة لينزل الراكب لما لا يتهيأ عليها ، كقضاء الحاجة ، والوضوء ، وصلاة الفرض . وإذا نزل انتظره المكري ليفرغ منها ، ولا يلزمه المبالغة في التخفيف ، ولا القصر ولا الجمع ، وليس له الإبطاء ولا التطويل . قال الروياني : وله النزول في أول الوقت لينال فضله ، ولا يقفها للنوافل والأكل والشرب ، لامكانها على الدابة . وإن ورد العقد على دابة بعينها ، فالذي على المؤجر التخلية بين المستأجر وبينها ، وليس عليه أن يعينه على الركوب ولا الحمل . هذا هو المذهب وقول الجمهور في نوعي الإجارة . وحكى الامام مع هذا ، ثلاثة أوجه . أحدها : أنه إن قال في إجارة الذمة : ألزمت ذمتك تبليغي موضع كذا ، لزمه الاعانة . وإن قال : ألزمت ذمتك منفعة دابة صفتها كذا ، لم تلزمه . والثاني : تجب الاعانة على الركوب في إجارة العين أيضاً . والثالث : تجب للحمل في نوعي الإجارة ، لا طراد العادة بالاعانة على الحط والحمل وإن اضطربت في الركوب . ورفع الحمل وحطه كالحمل .

فرع

قال الشافعي رضي الله عنه : إذا اختلفا في الرحلة ، رحل لأمكبوباً ولا مستلقياً .
قيل : المكبوب أن يجمل مقدّم الحمل أو الزاملة أوسع من المؤخر ، والمستلقي عكسه .
ونيل : المكبوب بأن يضيق المقدم والمؤخر جميعاً ، والمستلقي أن يوسعها جميعاً .
وعلى التفسيرين ، المكبوب أسهل على الدابة ، والمستلقي أسهل على الراكب . فلن
اختلفا فيها ، حملا على الوسط المعتدل ، وكذا إذا اختلفا في كيفية الجلوس .

فرع

ليس للمؤجر منع الراكب من النوم في وقته . ويعنمه في غير ذلك الوقت ،
لأن النائم يشغل ، قاله ابن كج .

فرع

قد يعتاد النزول والمشي للراحة ، فإن شرطاً أن ينزل أو لا ينزل ، اتبع الشرط .
قال الامام : ويعرض في شرط النزول إشكال ، لانقطاع المسافة ، ويقع في كراء
العقب . قال : لكن الأصحاب احتملوه للحاجة . وإن أطلقا ، لم يجب النزول على
المرأة والمريض . وفي الرجل القوي وجهان ، لتعارض اللفظ والمادة . وهكذا حكم
النزول عند العقبات الصعاب .

قلت : قال أصحابنا : وفي معنى المرأة والمريض ، الشيخ العاجز . وينبغي أن
يلحق بهم من كانت له وجهة ظاهرة ، وشبهة يخلّ بروءته في السادة المشي . ثم
الكلام مفروض في طريق يعتاد النزول فيه لراحة الدابة . فإن لم تكن معتادة ،
لم يجب مطلقاً ، ولم نصح شيئاً من الوجهين في الرجل القوي . وينبغي أن يكون
الأصح وجوب النزول عند العقبات ، دون الراحة . والله أعلم

فرع

إذا اكترى دابة إلى بلد ، فبلغ عمرانه ، فلمؤجر أخذ دابته ، ولا يلزمه تبليغه داره . ولو اكترى إلى مكة ، لم يكن له تميم الحج عليها . وإن اكترها للحج ، ركبها إلى منى ، ثم عرفات ، ثم المزدلفة ، ثم منى ، ثم مكة لطواف الافاضة . وهل يركبها إلى مكة راجعاً إلى منى الرمي والطواف ؟ وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون أصحابها استحقاقه ذلك ، لأن الحج لم يفرغ ، وإن كان قد تحلل . ومن مسائل هذا النوع لو طلب أحد المتكاريين مفارقة القافلة بالتقدم أو التأخر ، لم يكن له إلا برضى صاحبه . والله أعلم

فرع

إذا اكترى دابة بعينها ، فتلفت ، انفسخ العقد ، وإن وجد بها عيباً ، فله الخيار . والعيب ، مثل أن تنثر في الشيء ، أو لاتبصر في الليل ، أو يكون بها عرج تتخلف به عن القافلة . ومجرد خشونة الشيء ، ليس بعيب . وإن كانت الاجارة على الذمة ، وسلم دابة وتلفت ، لم ينفسخ العقد . وإن وجد بها عيباً ، لم يكن له الخيار في فسخ العقد ، ولكن على المؤجر إبدالها . ثم الدابة المسالمة عن الاجارة في الذمة وإن لم ينفسخ العقد بتلفها ، فانه ثبت للمستأجر فيها حق الاختصاص ، حتى يجوز له إجارتها . ولو أراد المؤجر إبدالها ، فهل له ذلك دون إذن المستأجر ؟ وجهان . أصحابها عند الجمهور : المنع ، لما فيها من حق المستأجر . والثاني قاله أبو محمد واختاره الغزالي : إن اعتمد باللفظ الدابة ، بأن قال : أجرتك دابة صفتها كذا ، لم يجوز الإبدال . وإن لم يعتمد عليها ، بل قال : التزمت إركابك دابة صفتها كذا ، جاز . ويتفرع على الوجهين

ما إذا أفلس المؤجر بعد تعيينٍ عن إجارة الذمة ، هل يتقدم المستأجر بمنفعتها على الغرماء ؟ وقد ذكرناه في التفليس . والأصح : التقدم . ولو أراد المستأجر أن يمتاض عن حقه في إجارة الذمة ، فإن كان قبل أن يتسلم دابة ، لم يجوز ، لأنه اعتياض عن المسلم فيه . وإن كان بعد التسليم ، جاز ، لأن هذا الاعتياض عن حق في عين ، هكذا قاله الأئمة . وفيه دليل على أن القبض يفيد تعلق حق المستأجر بالعين ، فيمتنع الإبدال دون رضاه .

فصل

نذكر فيه قولاً جليلاً في إبدال متعلقات الاجارة

المنفعة المطلوبة في المقد ، لها مستوفٍ ، ومستوفىٌ منه ، ومستوفىٌ به ، فأما المستوفى وهو مستحق الاستيفاء ، فله أن يبدل نفسه بغيره ، كما يجوز أن يؤجر ما استأجر ، فإذا استأجر دابة للركوب ، فله أن يركبها مثل نفسه في الطول والقصر والضخامة والنحافة ومن هو أخف منه . وكذلك يلبس الثوب مثله ، ويسكن الدار ، دون القصر والحداد ، لزيادة الضرر . وكذا إذا استأجر دابة لحمل القطن ، فله حمل الصوف والوبر . أو لحمل الحديد ، فله حمل النحاس والرصاص . وإذا استأجر للحمل ، فأراد إركاب من لا يزيد وزنه على القدر المحمول ، قال المتولي : يرجع إلى أهل الصنعة . فإن قالوا : لا يتفاوت الضرر ، جاز ، وإن قالوا : يتفاوت ، لم يجوز . وكذا لو استأجر للركوب فأراد الحمل . والأصح : المنع في الطرفين ، وهو مقتضى ما في « التهذيب » . وأما المستوفى منه ، فهو الدار والدابة المعينة ، والاجر المعين ، ولا يجوز إبداله كما لا يبدل المبيع . وأما المستوفى به ، فهو كالثوب المعين للخياطة ، والصبي المعين للارضاع والتعليم ، والاغنام المعينة للرعي . وفي إبداله وجهان . ويقال : قولان . أحدهما : المنع . وأصحها عند الامام والمتولي

الجواز، لأنه كالراكب . والخلاف جارٍ في انفساخ الاجارة بتلف هذه الأشياء في المدة ، وميل المراقين إلى ترجيح الانفساخ ، وقالوا : هو المنصوص . والثاني : مخرج . ومنزید المسألة إيضاحاً إن شاء الله تعالى في الباب الثالث . ويجري الخلاف فيما إذا لم يلتزم الصبي المعين نديها ، فعلى رأي ، يفسخ العقد ، وعلى رأي ، يبدل .

فصل

استئجار الثياب للبس ، والبسط والزلالي للفرش ، واللحف للالتحف ، جائز . وإذا استأجر ثوباً ليلبسه مدة ، لم يجز أن ينام فيه بالليل . وهل له النوم فيه [في] وقت القيلولة ؟ وجهان . أحدهما وبه قطع الأكثرون : جوازه للعادة . لكن لو كان المستأجر القميص الفوقاني ، لزمه نزع ، بل يلزمه نزع في سائر أوقات الخلوة ، وإما تلبس ثياب التجميل في الأوقات التي جرت العادة فيها بالتجميل ، كحالة الخروج إلى السوق ونحوه ، ودخول الناس عليه ، ولا يجوز الاتزار بما يستأجر للبس ، ويجوز الارتداء به على الأصح . قال المتولي : وإذا استأجر للارتداء ، لم يجز الاتزار ، ويجوز التعمم .

قلت : هذا الذي ذكره الامام الرافعي في النوم في الثوب ، هو الذي أطلقه الجمهور ، إلا قوله : هل يجوز النوم في وقت القيلولة ؟ فإن الأكثرين قالوا : يجوز النوم فيه بالنهار من غير تقييد بالقيلولة ، ولكن ضبطه الصيمري فقال : إن نام ساعة أو ساعتين ، جاز ، لأنه متعارف . وإن نام أكثر النهار ، لم يجز . قالوا : وإذا استأجر للبس مطلقاً ، فله لبسه ليلاً ونهاراً إذا كان مستيقظاً قطعاً . ولو استأجر للبس ثلاثة أيام ، ولم يذكر الليالي ، فالصحيح دخول الليالي . وقيل : لا تدخل ، حكياء في

« المدة » و « البيان » . وإذا استأجر يوماً كاملاً ، فوقته من طلوع الفجر إلى غروب الشمس . وإن قال : يوماً ، وأطلق ، قال الصيمري : كان من وقته إلى مثله من الغد . وإن استأجر نهار يوم ، قال في « البيان » : فيه وجهان حكاهما الصيمري . أحدهما : من طلوع الفجر إلى غروب الشمس . والثاني : من طلوع الشمس إلى غروبها .

والله أعلم

الطوف الثاني : في بيان حكم الاجارة في الأمانة والضمان . مال الاجارة ، تارة يكون في يد المستأجر ، وتارة في يد الأجير على العمل . وأما المستأجر ، ففيه مسألتان . إحداهما : يده على الدابة والدار المستأجرتين ونحوهما في مدة الاجارة يد أمانة ، فلا يضمن ما تلف منها بغير تعدٍ وتقصير وهل يضمن ما يتلف في يده بعد مضي المدة ؟ يبني على أنه هل على المستأجر الرد ومؤنته ؟ وفيه وجهان . أصحها عند النزالي : لا ، وإنما عليه التخلية بين المالك وبينها إذا طلب ، لأنه أمانة فأشبهه الوديعة . وأقربها إلى كلام الشافعي رضي الله عنه : يلزمه الرد ومؤنته وإن لم يطلب المالك ، لأنه غير مأذون في الامساك بعد المدة ، ولأنه أخذ لمنفعة نفسه ، فأشبهه المستعير . قال القاضي أبو الطيب : ولو شرط عليه الرد ، لزمه بلا خلاف ، ومنعه ابن الصباغ وقال : من لا يوجبه عليه ، ينبغي أن لا يجوز شرطه . فإن قلنا : لا يلزمه الرد ، فلا ضمان . وإن قلنا : يلزمه الرد ، لزمه الضمان ، إلا أن يكون الامساك بعذر .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » ، أنه لا ضمان . والله أعلم

ويترتب على الوجهين ، ضمانه أجره المنافع التي تتلف في يده بعد المدة . فإن ألزمناه الرد ، ضمّناه ، وإلا ، فلا .

قلت : وفي فتاوى النزالي ، القطع بأن الاجارة إذا انفسخت بسبب ، لا يلزم المستأجر ضمان المنافع التالفة عنده ، لأنه أمين ، وهذا يحول على ما إذا علم المالك بأنها انفسخت ، وإلا ، فيجب أن يعلمه . وإذا لم يعلمه ، كان مقصراً ضامناً . والله أعلم

ولو غُصبت الدابة المستأجرة مع دواب الرفقة ، فذهب بعضهم في الطلب ، ولم يذهب المستأجر ، فإن قلنا : لا يلزمه الرد ، فلا ضمان عليه . وإن أئزمناه ، فإن استرد من ذهب بلا مشقة ولا غرامة ، ضمن المستأجر التخلف . وإن لحقه غرامة ومشقة ، لم يضمن ، قاله الشيخ أبو عاصم العبادي .

فرع

لو استأجر قِدرًا مدة لطبخ فيها ، ثم حملها بعد المدة ليردها ، فسقط الحمار فانكسرت ، قال أبو عاصم : إن كان لا يستقل بحملها ، فلا ضمان . وإن كان يستقل ، فمليه الضمان ، سواء أئزمناه الرد ، أم لا ، لأن العادة أن القدر لا ترد بالحمار مع استقلال المستأجر أو حاملها .

المسألة الثانية : الدابة المستأجرة لا تحمل أو الركوب ، إذا ربطها المستأجر ولم ينتفع بها في المدة ، فالقول في استقرار الأجرة عليه ، سيأتي إن شاء الله تعالى ، ولا ضمان عليه لو ماتت في الاصطبل . فلو انهدم عليها فهلكت به ، نظر ، إن كان المهود في مثل ذلك الوقت لو خرج بها أن يكون في الطريق ، وجب عليه ضمانها . وإن كان المهود في مثل ذلك الوقت أن يكون تحت السقف ، كجنح الليل في الشتاء ، فلا ضمان .

فصل

وأما المال في يد الأجير ، كالثوب إذا استؤجر لخياطته أو صبغه أو قصارته ،
والعبد إذا استؤجر لتعليمه أو لرضاعه ، والدابة إذا استؤجر لرياضتها . فإذا تلف
والأجير منفرد باليد ، فهو ، إما أجير مشترك ، وإما منفرد . والمشارك : هو الذي يتقبل
العمل في ذمته ، كما هو عادة الخياطين والصواغين . فإذا التزم لواحد ، أمكنه أن
يلتزم لغيره مثل ذلك العمل ، فكأنه مشترك بين الناس . والمنفرد : هو الذي أجر
نفسه مدة مقدرة لعمل ، فلا يمكنه تقبل مثل ذلك العمل لغيره في تلك المدة .
وقيل : المشترك : هو الذي شاركه في الرأي فقال : اعمل في أي موضع شئت .
والمنفرد : هو الذي عين عليه العمل وموضعه . أما المشترك ، فهل يضمن ما تلف في
يده بلا تعدد ولا تقصير ؟ فيه طريقتان . أصحها : قولان . أحدهما : يضمن
كالستعير والمستام . وأظهرهما : لا يضمن كعامل الفراض . والثاني : لا يضمن قطعاً .
وأما المنفرد ، فلا يضمن على المذهب ، وقطع به جماعة . أما إذا لم يكن الأجير
منفرداً باليد ، كما إذا قعد المستأجر عنده حتى عمل ، أو حمله إلى بيته ليعمل ،
فالذهب وبه قطع الجمهور : لا ضمان ، لأن المال غير مسلم إليه حقيقة ، وإنما استعان
به المالك ، كالاستعانة بالوكيل . وعن الاصطخري والطبري ، طرد القولين . وحيث
ضمننا الأجير ، فالواجب أقصى قيمة من القبض إلى التلف ، أم قيمة يوم التلف ؟
فيه وجهان .

قلت : أصحها : الثاني . والله أعلم

هذا كله إذا لم يتعد الأجير ، فإن تعدى ، وجب الضمان قطعاً ، وذلك مثل أن

يسرف على الخبز في الايقاد ويلصق الخبز قبل وقته ، أو يتركه في التنور فوق العادة حتى يحترق ، أو ضرب على التأديب والتعليم الصبي " فمات ، لأن تأديبه بغير الضرب ممكن . ومتى اختلفا في التعدي ومجاوزة الحد ، عملنا بقول عدلين من أهل الخبرة ، فإن لم نجدهما ، فالقول قول الأجير . ومتى تلف المال في يده بعد تعديه ، فالواجب أقصى قيمة من وقت التعدي إلى التلف إن لم يضمن الأجير . فإن ضمنه ، فأقصى قيمة من القبض إلى التلف ، كذا ذكره البغوي وغيره . ويشبه أن يكون هذا جواباً على قولنا: يضمن بأقصى قيمة من القبض إلى التلف . فأما إن قلنا : يضمن قيمة يوم التلف ، فينبغي أن يجب هنا أقصى قيمة من التعدي إلى التلف . قلت : هذا الاستدراك الذي ذكره الامام الرافعي ، متعين لا بد منه .

والله أعلم

فرع

قال الأصحاب : إذا حجه أو ختنه فتلف ، إن كان المحجوم والمختون حرّاً ، فلا ضمان ، لأنه لا تثبت اليد عليه . وإن كان عبداً ، نظر في انفراد الحاجم باليد وعدم انفراده ، وأنه أجير مشترك ، أم لا؟ وحكمه ماسبق . والمذهب : أنه لا ضمان مطلقاً إذا لم يفرط . وكذا البيطار إذا بزغ الدابة فتلفت ، والراعي المنفرد كذلك ، فلا ضمان عليها على المذهب ، ولو اكتراه ليحفظ متاعه في دكانه فتلف ، فلا ضمان [قطعاً] ، لأن المال في يد المالك .

فصل

إذا دفع ثوباً إلى قصار ليقصره ، أو خياط ليخيطه ، أو جلس بين يدي

حلاق ليخلق رأسه ، أو دلاك ليدلكه، ففعل ، ولم يجر بينها ذكر أجره ولا نفيها، فيه أوجه. أصحها وهو المنصوص: لا أجره له مطلقاً ، لأنه لم يلتزم، وصار كالألو قال : أطعمني خبزاً ، فأطعمه ، لاضمان عليه . والثاني : يستحق أجره الثلث . والثالث : إن بدأ الممول له فقال : افعل كذا، لزمه الأجره . وإن بدأ العامل فقال : أعطني ثوباً لأقصره ، فلا أجره . والرابع : إن كان العامل معروفاً بذلك العمل وأخذ الأجره عليه، استحق الأجره للعاده ، وإلا ، فلا . ولو دخل مسفينه بغير إذن صاحبها ، وسار إلى الساحل ، لزمه الأجره . وإن كان بالاذن ولم يجر ذكر الأجره ، فعلى الأوجه . وإذا لم فوجب الأجره ، فالثوب أمانة في يد القصار ونحوه . وإن أوجبتها ، فوجوب الضمان على الخلاف في الاجير المشترك .

فرع

فيا يأخذه الحمامي أوجه . أحدها : أنه ثمن الماء ، وهو متطوع بحفظ الثياب وإعارة السطل ، فعلى هذا ، الثياب غير مضمونة على الحمامي ، والسطل مضمون على الداخل . والثاني : أنه ثمن الماء وأجره الحمام والسطل . وأصحها : أنه أجره الحمام والسطل والازار وحفظ الثياب . وأما الماء، فغير مضبوط ، ولا يقابل بعوض . فعلى هذا ، السطل غير مضمون على الداخل ، والحمامي أجير مشترك في الثياب، فلا يضمن على المذهب كسائر الاجراء ، وإنما وجبت الأجره هنا قطعاً وإن لم يجر لها ذكر ولم يطرد فيه الخلاف، لان الداخل مستوفٍ منفعة الحمام بسكونه ، وهناك صاحب المنفعة صرفها .

فصل

إذا عمل الاجير ، ثم تلفت العين التي عمل عليها ، نظر ، إن لم يكن منفرداً باليد ، بل عمل في ملك المستأجر ، أو في حضرته ، لم تسقط أجرته . وإن كان منفرداً باليد ، بأن سلم الثوب إلى قصار فقصره ، ثم تلف عنده ، بني على الخلاف السابق في باب التفليس ، أن القسارة عين ، أم أثر ؟ فإن قلنا : أثر ، لم تسقط الاجرة ، ثم إن ضمنا الاجير ، فعليه قيمة ثوب مقصور ، وإلا ، فلا شيء عليه . وإن قلنا : عين ، سقطت أجرته وعليه قيمة ثوب غير مقصور إن ضمنا الاجير أو وجد منه تعدٍ ، وإلا ، فلا شيء عليه . وإن أئلف أجنبي الثوب المقصور ، فإن قلنا : القسارة أثر ، فلا أجر الاجرة ، وعلى الاجنبي القيمة . ثم المستأجر على قول تضمين الاجير ، يتخير بين مطالبة الاجير والاجنبي ، والقرار على الاجنبي . وإن قلنا : عين ، جاء الخلاف فيما إذا أئلف أجنبي المبيع قبل القبض . فإن قلنا : يفسخ العقد ، فهو كما لو تلف ، وإلا ، فالمستأجر الخيار في فسخ الاجارة وإجازتها . فإن أجاز ولم يضمن الاجير ، استقرت [له] الاجرة ، والمستأجر يفرم الاجنبي قيمة ثوب مقصور . وإن ضمناه ، فالمستأجر بالخيار ، إن شاء ضمن الاجنبي قيمة ثوب مقصور ، وإن شاء ضمن الاجنبي قيمة القسارة ، والاجير قيمة ثوب غير مقصور ، ثم الاجير يرجع على الاجنبي . وإن فسخ الاجارة ، فلا أجره عليه ويفرم الاجنبي قيمة ثوب غير مقصور . وإن ضمنا الاجير ، غرم القيمة من شاء منها ، والقرار على الاجنبي ، ويفرم الاجنبي الاجير قيمة القسارة . ولو أئلف الاجير الثوب ، فإن قلنا : القسارة أثر ، فله الاجرة ، وعليه قيمة ثوب مقصور . وإن قلنا : عين ، جاء الخلاف في أن إتلاف البائع كالآفة الساهوية ، أم كاتلاف الأجنبي ؟ إن قلنا : كالآفة ، فالحكم ماسبق . وإن قلنا : كالأجنبي ، وأثبتنا للمستأجر الخيار ، فإن فسخ الاجارة ، سقطت الأجرة ، وعلى الأجير قيمة ثوب غير مقصور .

وإن أجازها ، استقرت الأجرة ، وعليه قيمة ثوب مقصور . وصبغ الثوب بصبغ صاحب الثوب كالتقصير . وإن استأجره ليصبغ بصبغ من عنده ، قال المتولي : هو جمع بين البيع والاجارة ، ففيه الخلاف المعروف . وسواء صح ، أم لم يصح ، فإذا هلك الثوب عنده ، سقطت قيمة الصبغ . وسقوط الأجرة على ما ذكرنا في الفصارة .

فرع

سلم ثوباً إلى قصار ليقصره ، فجحدته ثم أتى به مقصوراً ، استحق الأجرة إن قصره ثم جحد ، [وإن جحد] ثم قصره ، فوجهان ، لأنه عمل لنفسه . قلت : ينبغي أن يكون أصحابها : الفرق بين أن يقصد بعمله لنفسه فلا أجرة ، أو يقصد عمله عن الاجارة الواجبة فيستحق الاجرة . والله أعلم

فصل

المستأجر يضمن بالتعدي ، بأن ضرب الدابة أو كبشها فوق العادة ، وعادة الضرب تختلف في حق الراكب ، والرائض ، والراعي ، فكل يراعى فيه عادة أمثاله ، ويحتمل في الأجير للرياضة والرعي مالا يحتمل في المستأجر المركوب . وأما الضرب المعتاد ، إذا أفضى إلى تلف ، فلا يوجب ضماناً ، ويخالف ضرب الزوج زوجته ، فإنه مضمن ، لأنه يمكن تأديبها بغير الضرب . ولو نام بالليل في الثوب الذي استأجره ، أو نقل فيه التراب ، أو ألبسه عصاراً ، أو دباغاً ، أو غيرها ممن هو دون حاله ، أو أسكن الدار قصاراً أو حداداً أو غيرها ممن هو أشد ضرراً منه ، أو أركب

الدابة أثقل منه ، وجب الضمان ، وقراره على الثاني إن كان عالماً ، وإلا ، فعلى الأول . وإن أركبها مثله ، فجاوز العادة في الضرب ، فالضمان على الثاني دون الأول ، لأنه لم يتعد . ولو اكرتري لمائة رطل حديد ، فحمل مائة من القطن أو التبن ، أو بالعكس ، أو مائة رطل حنطة ، فحمل مائة [رطل] شعير أو عكسه ، ضمن ، لأن الشعير أخف ، ومأخذه من ظهر الدابة أكثر ، والحنطة يجتمع ثقلها في موضع واحد ، وكذا القطن والحديد . ولو اكرتري لعشرة أقفزة حنطة ، فحمل عشرة شعيراً ، لم يضمن ، لأن قدرهما في الحجم سواء ، والشعير أخف ، وبالعكس يضمن . ولو اكرتري ليركب بسرج ، فركب بلا شيء أو عكسه ، ضمن ، لأن الأول أضر بالدابة ، والثاني زيادة على الشروط . ولو اكرتري ليحمل عليها بالاكاف ، فحمل بالسرج ، ضمن ، لأنه أشق عليها ، وبالعكس لا يضمن ، إلا أن يكون أثقل . ولو اكرتري ليركب بالسرج ، فركب بالاكاف ، ضمن ، وبالعكس لا يضمن ، إلا أن يكون أثقل ، وقس على [هذا] أشباهه .

فرع

لو اكرتري دابة للحمل مقدار سمّياه ، فكان الحمول أكثر ، نظر ، إن كانت الزيادة بقدر مايقع من التفاوت بين الكيلين من ذلك المبلغ ، فلا عبرة بها ، وإن كانت أكثر ، بأن كان الشروط عشرة أصح ، والحمول أحد عشر ، فللمسألة ثلاثة أحوال .

أحدها : إذا كال المستأجر الطعام ، وحمله هو عليها ، فعليه أجرة المثل لما زاد على المشهور ، وفي قول : عليه أجرة المثل للجميع . وفي قول : يتخير بين المسمى وما دخل الدابة من نقص وبين أجرة المثل . وفي قول : يتخير بين المسمى وأجرة المثل الزيادة وبين أجرة المثل للجميع . فلو تلفت البهيمة بالحمل ، فإن انفرد المستأجر باليد ، ولم يكن معها صاحبها ، فعليه ضمانها ، لأنه صار غاصباً ، وإن كان معها صاحبها ، فهل

يلزمه كل القيمة ، أم نصفها ، أم قسط الزيادة من جملة القيمة ؟ فيه أقوال . اظهرها :
الثالث ، ورجحه الامام وغيره . وعن الشيخ أبي محمد ، أن الثاني أظهر . ولو تلفت
الدابة بسبب غير الحمل ، ضمن عند انفراده باليد ، ولم يضمن إذا لم ينفرد . و[أما]
إذا لم يحمل المستأجر الطعام بنفسه ، ولكنه كآله وسلمه إلى المؤجر ، فحملة المؤجر على البهيمة ،
فإن كان المؤجر جاهلاً بالحال ، بأن قال له : هو عشرة كاذباً ، وجب الضمان على
المذهب ، كما لو حمل بنفسه . وقيل : قولان ، لاجتماع الغرور والبائسة . وإن كان
عالمًا بالزيادة ، نظر ، إن لم يقل له المستأجر شيئاً ، ولكن حملة المؤجر ، فحكمه
ما يأتي في الحال الثاني ، لأنه حمل بغير إذن صاحبه ، ولا فرق بين أن يضعه
المستأجر على الأرض فيحملة المؤجر على البهيمة ، وبين أن يضعه على ظهر الدابة
وهي واقفة فيسيرها المؤجر . وإن قال المستأجر : احمل هذه الزيادة ، فأجابه ،
قال المتولي : هو مستعير للبهيمة في الزيادة ، فلا أجرة لها ، وإذا تلفت البهيمة
بالحمل ، فعليه الضمان . وفي كلام الائمة ما يتنازع في الاجرة والضمان جميعاً .

الحال الثاني : إذا كال المؤجر وحملة على البهيمة ، فلا أجرة لما زاد ، سواء
غلط أو عمد ، وسواء جهل المستأجر الزيادة أو علمها وسكت ، لانه لم يأذن في
نقل الزيادة ، فلا يجب عليه ضمان البهيمة ، وله مطالبة المؤجر برد الزيادة إلى الموضع
المنقول منه ، وليس للمؤجر أن يردها دون رضاه . فلو لم يعلم المستأجر حتى عاد إلى
البلد المنقول منه ، فله مطالبة المؤجر بردها . والظاهر أو الاصح : أن له مطالبة
ببدها في الحال ، كما لو أبق المعصوب من يد الغاصب . والثاني : لا يطالبه ببدها ،
لان عين ماله باقية ، وردها مقدور عليه . فاذا قلنا بالاول ، ففرم البدل ، فاذا ردها
إلى ذلك البلد ، استرد البدل وردها إليه . أما لو كال المؤجر وحملة المستأجر على
البهيمة ، قال المتولي : إن كان المؤجر عالمًا بالزيادة ، فهو كما لو كال بنفسه وحملة ،

لأنه لما علم بالزيادة كان من حقه أن لا يحملها . وإن كان جاهلاً ، فوجهان مأخوذان مما لو قدم الطعام المنصوب إلى المالك فأكله جاهلاً ، هل يبرأ من الضمان ؟

الحال الثالث : إذا كَالَ أَجْنِي وحمل بلا إذن ، فعليه أجره الزيادة للمؤجر ، وعليه الرد إلى الموضع المنقول منه إن طالبه المستأجر، وضمان البهيمة على ما ذكرناه في حق المستأجر . وإن تولى الحمل بعد كيل الاجنبي أحد المتكاريين ، نُظِرَ، أعالم هو، أم جاهل؟ ويقاس بما ذكرناه. هذا كله إذا اتفقا على الزيادة ، وعلى أنها للمستأجر، فإن اختلفا في أصل الزيادة ، أو قدرها، فالقول قول المنكر . وإن ادعى المؤجر أن الزيادة له ، والدابة في يده ، فالقول قوله . وإن لم يدعها واحد منها ، تركت في يد من هي في يده حتى يظهر مستحقها ، ولا يلزم المستأجر أجرتها .

فرع

لو وجد المحمول على الدابة دون الشروط ، نظر ، إن كان النقص بقدر ما يقع من التفاوت بين الكيلين ، فلا عبرة به ، وإن كان أكثر ، قال المتولي : إن كَالَ المؤجر ، حُطَّ من الأجرة بقسطه إن لم يعلم المستأجر . فإن علم ، فإن كانت الإجارة في الذمة ، فكذلك ، لأنه لم يف بالشروط . وإن كانت إجارة عين ، فالحكم كما لو كَالَ المستأجر بنفسه ونقص ، فلا يُحِطُّ شيء من الأجرة ، لأن التمكين من الاستيفاء قد حصل ، وذلك كافٍ في تقرر الأجرة .

فرع

أكثرى اثنان دابة وركبهاها ، فارتدفتها ثالث بغير إذنها ، فتلقت ، ففيها يلزم المرتدف

ثلاثة أوجه . أحدها : نصف القيمة . والثاني : ثلثها . والثالث : تقسط على أوزانهم ، فيلزمه حصة وزنه .

قلت : أصحابها : الثاني . قال الشيخ أبو حامد وغيره : لو سخر رجلاً مع بهيمته ، فتلفت البهيمة في يد صاحبها ، لم يضمها المستخير ، لأنها في يد صاحبها . والله أعلم

فصل

إذا دفع ثوباً إلى خياط ليقطعه ويخيطه ، فخطاه قباًء ، ثم اختلفا ، فقال الخياط : أمرتي بقباء ، وقال : بل أمرتك بقميص ، أو سوّد الثوب بصبغ وقال : هكذا أمرتي ، فقال : بل أمرتك بصبغه أحمر ، ففيه خمسة طرق .

أصحابها وبه قال الأكثرون : في المسألة قولان . أظهرهما عند الجمهور : أن القول قول المالك . والثاني : القول قول الخياط والصباغ .

والطريق الثاني : فيه ثلاثة أقوال . هذان ، والثالث : أنها يتحالفان .

والطريق الثالث : قولان . تصديق المالك ، والتحالف .

والرابع : القطع بالتحالف ، قاله أبو علي الطبري ، وصاحب « التقريب » ، والشيخ أبو حامد .

والخامس : عن ابن سريج ، إن جرى بينها عقد ، تمين التحالف ، وإلا ، فالقولان الأولان . فإن قلنا : القول قول الخياط ، فاذا حلف ، لا أرش عليه قطعاً ، ولا أجره له على الأصح . والثاني : يجب له المسمى إتماماً لتصديقه . والثالث : أجره المثل . فاذا قلنا : لا أجره له يمينه ، فله أن يدعي الأجره على المالك ، ويحلفه ، فإن نكل ، ففي تجديد اليمين عليه وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون أصحابها : التجديد ، وهذه قضية مسأفة . والله أعلم

وإن قلنا : القول قول المالك . فإذا حلف ، فلا أجره عليه ، وبأنم الخياط أرش النقص على المذهب . وقيل : فيه وجهان كما في وجوب الأجرة تقريباً على تصديق الخياط . والفرق على المذهب : أن القطع يوجب الضمان ، إلا أن يكون باذن ، وهو غير موجب أجره إلا باذن . ثم في الأرض الواجب وجهان . أحدهما : ما بين قيمته صحيحاً ومقطوعاً . والثاني : ما بين قيمته مقطوعاً قيصاً ومقطوعاً قباءً . وعلى هذا إن لم ينقص ، فلا شيء عليه . وعلى الثاني : في استحقاقه الأجرة للقدر الذي يصلح للقميص من القطع ، وجهان . قال ابن أبي هريرة : نعم ، وبه قطع البغوي ، وضعفه ابن الصباغ ، لأنه لم يقطعه للقميص .

قلت : المنع أصح ، ونقله صاحب « البيان » عن نص الشافعي رضي الله عنه .

والله أعلم

وإذا قلنا : يتحالفان ، فحللنا ، فلا أجره للخياط قطعاً ، ولا أرش عليه على الأظهر . وإذا أراد الخياط نزع الخيط ، لم يمكن منه حيث حكنا [له] بالأجرة ، سواء كان الخيط للمالك أو من عنده ، لأنه تابع للخياطة . وحيث قلنا : لا أجره ، فله نزع خيطه كالصبغ . وحيث لو أراد المالك أن يشد بخيطه خيطاً ليدخل في الدروز إذا خرج الأول ، لم يكن له إلا برضى الخياط . وأما كيفية اليمين ، فقال في « الشامل » : إن صدقنا الخياط ، حلف بالله : ما أذنت لي في قطعه قيصاً ، ولقد أذنت لي في قطعه قباءً ، قال : وإن صدقنا المالك ، كفاه عندي أن يحلف : ما أذنت له في قطعه ، ولا حاجة إلى التعرض ، لأن وجوب الغرم وسقوط الأجرة يقتضيها نفى الإذن في القباء . وإن قلنا بالتحالف ، جمع كل واحد في يمينه بين النفي والاثبات كما سبق في البيع .

[قال ابن كج : والكلام في البداءة بمن ؟ هو كما سبق في البيع] ، والمالك هنا في رتبة البائع .

قلت : وقال الشيخ أبو حامد : إذا صدقنا الخياط ، حلف : لقد أذنت لي في قطعه قباءً فقط . فإن لم تثبت للخياط أجرة ، فهذا أصح من قول صاحب « الشامل » ، لأن هذا القدر كافٍ في نفي النرم عنه . وإن أثبتناها ، فقول صاحب « الشامل » هو الصواب . والله أعلم

فرع

قال للخياط : إن كان هذا الثوب يكفيني قميصاً فاقطعه ، فقطعه فلم يكفه ، ضمن الأرض ، لأن الأذن مشروط بما لم يوجد . وإن قال : هل يكفيني قميصاً ، فقال : نعم ، فقال : اقطعه ، فقطعه فلم يكفه ، لم يضمن ، لأن الأذن مطلق .

فصل

اختلاف المتكاريين في الأجرة أو المدة أو قدر المنفعة ، هل هي عشرة فراسخ ، أم خمسة ، أم كل الدار ، أم بيت منها ؟ يوجب التحالف ، فإذا تحالفا ، فسخ العقد ، وعلى المستأجر أجرة المثل لما استوفاه .

الباب الثالث

في الطوارئ الموجبة للفسخ

فالفسخ والانفساخ ، يثبت بخلل يمرض في العقود عليه، وهو ثلاثة أقسام .
إحداها : ما ينقص المنفعة . ومتى ظهر بالمستأجرة نقص متفاوت به الاجرة ،
فهو عيب مثبت للفسخ، وذلك كمرض العبد والدابة ، وانقطاع ماء البئر وتغيره بحيث
يمنع الشرب ، وانكسار دعائم الدار واعوجاجها ، وانهدام بعض جدرانها ، لكن
لو بادر المؤجر إلى الإصلاح ، وكان قابلاً للإصلاح في الحال ، سقط خيار المستأجر
كما سبق . وسواء كان العيب سابقاً للعقد أو القبض ، أو حادثاً في يد المستأجر .
ثم إن ظهر العيب قبل مضي مدة لها أجرة ، فإن شاء فسخ ولا شيء عليه ، وإن
شاء أجاز بجميع الاجرة . وإن ظهر في أثناء المدة ، فالوجه ما ذكره التولي وهو
أنه إن أراد الفسخ في جميع المدة ، فهو كما لو اشترى عبيد ف تلف أحدهما ، ثم
وجد بالباقي عيباً وأراد الفسخ فيها . وإن أراد الفسخ فيما بقي من المدة ، فهو
كما لو أراد الفسخ في العبد الباقي وحده ، وحكمها مذكور في البيع . وأطلق الجمهور
القول بأن له الفسخ ، ولم يذكروا هذا التفصيل . ومتى امتنع الفسخ ، فله الارش ،
فيعرف أجرة مثله سليماً ومعيباً ، ويمرر التفاوت بينهما . هذا كله في إجارة العين . أما إذا
وجد في إجارة الذمة بالدابة المسلمة عيباً ، فلا فسخ ، بل يردّها ويلزم المؤجر إبدالها .

فصل

لاتنسخ الاجارة بالأعذار ، سواء كانت إجارة عين أو ذمة ، وذلك كما إذا

استأجر دابة للسفر عليها فرض ، أو حانوتاً لحرفة فنديم^(١) أو هلكت آلات تلك الحرفة ، أو حملاً فتمذر الوقود ، وكذا لو كان العذر للمؤجر ، بأن مرض وعجز عن الخروج مع الدابة ، أو أكرى داره وأهله مسافرون ، فعادوا واحتاج إلى الدار ، أو تأهل ، فلا فسخ في شيء منها ، إذ لا خلل في المقود عليه . ولو أكرى أرضاً للزراعة ، فزرعها ، فهلك الزرع بجائحة من سيل أو شدة حر أو برد أو كثرة مطر ونحوها ، فليس له الفسخ ولا حط شيء من الأجرة ، لأن الجائحة لحقت زرع المستأجر ، لا منفعة الأرض ، فصار كما لو أكرى دكاناً لبيع البز فاحترق بزّه ، لا تنفسخ الاجارة . فلو فسدت الأرض بجائحة أبطلت قوة الانبات في مدة الاجارة ، انفسخت الاجارة في المدة الباقية . ثم إن كان فساد الأرض بعد فساد الزرع ، فهل يسترد شيئاً من الأجرة ؟ فيه احتمالان للإمام . أحدهما عند الغزالي : النعم ، لأنه لو بقيت صلاحية الأرض ، لم يكن للمستأجر فيها نفع بعد فوات الزرع . والثاني وبه قطع بعض أصحاب الإمام : يسترد ، لأن بقاء الأرض على صفتها مطلوب . فإذا زال ، ثبت الانفساخ . وإن كان فساد الزرع بعد فساد الأرض ، فأصح الاحتمالين بالاتفاق : الاسترداد .

القسم الثاني : فوات المنفعة بالسكينة حيساً ، فمن صورته موت الدابة والاجير المعين ، فإن كان قبل القبض أو عقبه قبل مضي مدة لمثلها أجرة ، انفسخ العقد . وإن كان في خلال المدة ، انفسخ العقد في الباقي . وفي الماضي الطريقان فيما إذا اشترى عبدين ، فقبض أحدهما وتلف الثاني قبل القبض ، هل ينفسخ البيع في المقبوض ؟ فإن قلنا : ينفسخ في الماضي ، سقط المسمى ووجب أجرة المثل لما مضى . وإن قلنا :

(١) كذا الاصل « فنديم » وهو كذلك في هامش نسخة الظاهرية ، ونص عليها بأنها كذا بخط المؤلف ، وفي متن نسخ الظاهرية « فهدم » .

لا يفسخ فيه ، فهل له خيار الفسخ ؟ وجهان . أصحها عند الامام والنفوي : لا ، لأن منافعه استهلك . والثاني : نعم ، وبه قطع ابن الصباغ وآخرون ، لأن جميع المعقود عليه لم يسلم . فان قلنا : له الفسخ ، ففسخ ، رجع إلى أجرة المثل . وإن قلنا : لا فسخ ، أو أجاز ، وجب قسط ماضى من المسمى ، والتوزيع على قيمة المنفعة وهي أجرة المثل ، لا على نفس الزمان ، وذلك يختلف ، فربما تريد أجرة شهر على أجرة شهرين ، لكثرة الرغبات في ذلك الشهر . وإن كانت مدة الاجارة سنة ، ومضى نصفها ، وأجرة المثل فيه مثلاً أجرة المثل في النصف الباقي ، وجب من المسمى ثلثاها . وإن كانت بالعكس ، فثلثه . وإذا أثبتنا الخيار بعيب ، ففسخ العقد في المستقبل ، ففي الانفساخ في الماضي الطريقان . فان لم يفسخ ، فطريق التوزيع ما يثبت . وإن أجاز ، فعليه الأجرة المسماة بتمامها ، كالمالك رضي بعيب المبيع ، لزمه جميع الثمن . وسواء حصل التلف بأفة سماوية ، أم بفعل المستأجر ، بل لو قتل العبد أو الدابة المبيعة ، كان حكم الانفساخ والأجرة ما ذكرناه ، ويلزمه قيمة ما أتلف . وعن ابن أبي هريرة : أنه تستقر عليه الأجرة المسماة بالاتلاف ، كما يستقر الثمن على المشتري بانلافه . والصحيح الأول ، لأن البيع ورد على العين ، فاذا أتلفها صار قابضاً ، والاجارة واردة على المنافع ، ومنافع الزمن المستقبل معدومة لا يتصور ورود الاتلاف عليها ، وعلى هذا لو عيب المستأجر الدار ، أو جرح العبد ، فهو كالتعيب بأفة سماوية في ثبوت الخيار .

فرع

نص أن انهدام الدار يقتضي الانفساخ ، ونص فيما إذا اكترى أرضاً

للزراعة ولها ماء معتاد فانقطع ، أن له فسخ العقد ، وفيها ثلاثة طرق . أحدها :
تقرير النصين ، لأن الدار لم تبق داراً ، والأرض بقيت أرضاً ، ولأن الأرض يمكن
زراعتها بالأمطار . والثاني : القطع بدم الانفساخ . وأصحها : قولان في المسألتين .
أظهرهما : في الانهدام الانفساخ ، وفي انقطاع الماء : ثبوت الخيار ، وإنما يثبت الخيار إذا
انقطعت (١) الزراعة . فإن قال المؤجر : أنا أسوق إليها ماءً من موضع آخر ، سقط الخيار
كالموادر إلى إصلاح الدار . فإن قلنا بالانفساخ ، فالحكم كموت العبد ، وإلا ، فله
الفسخ في المدة الباقية . وفي الماضي الوجهان . فإن منعناه ، فعليه قسط ماضى من
المسمى . وإن أجاز ، لزمه المسمى كله . وقيل : يحط للانهدام وانقطاع
الماء ما يخصه .

فرع

لو غُصِب العبدُ المستأجرُ أو أبق ، أو ندَّت الدابة ، فإن كانت الاجارة في
الذمة ، فملى المؤجر الابدال . فإن امتنع ، استؤجر عليه . وإن كانت إجارة عين ،
أو غصبت الدار المستأجرة ، فللمستأجر الخيار . فإن كان ذلك في أثناء المدة ،
فإن اختار الفسخ ، فسخ في الباقي . وفي الماضي الخلاف السابق . وإن لم يفسخ
وكان قد استأجر مدة معلومة فانقضت ، بني على الخلاف فيما إذا أتلَف أجني المبيع
قبل القبض ، هل يفسخ البيع ، أم لا ؟ إن قلنا : يفسخ ، فكذلك الاجارة ،
ويسترد الاجرة . وإن قلنا : لا يفسخ ، فكذلك الاجارة ، ويتخير بين أن يفسخ
ويسترد الاجرة ، وبين أن يميز وبطالِب الغاصب بأجرة المثل . والذي نص عليه

(١) في نسخ الظاهرية : امتنعت .

الشافعي رضي الله عنه والاصحاب ، انفساخ الاجارة وإن كان البناء المذكور يقتضي ترجيح عدم الانفساخ ، لكن المذهب الانفساخ . وعلى هذا ، لو عاد إلى يده وقد بقي بعض المدة ، فلمستأجر أن ينتفع به في الباقي ، وتسقط حصة المدة الماضية ، إلا إذا قلنا : إن الانفساخ في بعض المدة يوجب الانفساخ في الباقي ، فليس له الانتفاع في بقية المدة . وإن كان استأجره لعمل معلوم ، فله أن يستعمله فيه متى قدر عليه . وإذا بادر المؤجر إلى الانتزاع من الغاصب ، ولم تعطل منفعة على المستأجر ، سقط خياره كما سبق في إصلاح الدار .

فرع

إذا أقر المؤجر بالمستأجرة للغاصب من المستأجر أو لغيره ، ففي قبول إقراره في الرقبة قولان . أظهرهما : القبول . فإن قبلناه ، ففي بطلان حق المستأجر من المنفعة أوجه . أصحابها : لا يبطل . والثاني : يبطل . والثالث : إن كانت العين في يد المستأجر تركت في يده إلى انقضاء المدة . وإن كانت في يد المقر له ، لم تنزع منه ، فإن قلنا بالبطلان ، فهل يحلّف المؤجر ؟ فيه الخلاف المذكور في أن المرتهن ، هل يحلّف الراهن إذا أقر بالرهون وقبلناه ؟

فرع

للمؤجر خاصة من غصب المستأجرة أو سرقها ، وليس للمستأجر الخاصة على الاصح المنصوص كالودع والمستمير ، ويمجري الوجهان في أن المرتهن هل يخاصم لأن له حقاً ؟

فصل

الثوب المعين للخياطة ، إذا تلف ، ففي انفساخ العقد خلاف سبق . الاصح عند الامام وجماعة : لا يفسخ ، وعن المراقين والشيخ أبي علي : أنه يفسخ لتعلقه بذلك الثوب ، وبه قطع ابن الحداد ، وفيما إذا اكرت دواب في الذمة لحمل خمسة أعبد معينين ، فمات اثنان منهم وحمل ثلاثة ، فقال : له ثلاثة أخماس الكراء ومقط خمسه ، والصورة فيما إذا تساوت أوزانهم ، ويشهد له نص الشافعي رضي الله عنه حيث قال : إذا نكحها على خياطة ثوب معين فتلف قبل الخياطة ، لها مهر المثل . قال الشيخ أبو علي : والخلاف فيما إذا ألزم ذمته خياطة ثوب بعينه ، أو حمل متاع بعينه ، أو عبد ، فإن العقد وإن كان في الذمة ، فتمتلق بعين الثوب والمتاع . أما إذا استأجر دابة بعينها مدة لركوب أو حمل متاع ، فهلكا ، فلا يفسخ العقد ، بل يجوز إبدال الراكب والمتاع بلا خلاف . فإن قلنا : لا يفسخ ، فأنت بثوب مثله ، فذاك . وإن لم يأت لعجزه ، أو امتنع مع القدرة حتى مضت مدة إمكان العمل ، ففي استقرار الأجرة وجهان .

قلت : أصحها : لا تستقر . والله أعلم

فإن قلنا : تستقر ، فلمستأجر فسخ العقد على الأصح ، لأنه ربما لا يجد ثوباً آخر ، أو لا يريد قطعه .

فرع

موت الصبي المعين للتعليم ، كتلف الثوب المعين للخياطة ، وكذا الصبي المعين للارضاع إن لم يكن ولد المرضة . فإن كان ولدها ، فخلاف مرتب ، وأولى بالانفساخ ،

لأن درور اللبن على ولدها أكثر من الأجنبي ، فلا يمكن إقامة غيره مقامه .

فرع

لو بدأ له في قطع الثوب المعين وهو باقٍ ، قال الامام : المتجه أنه لا يجب عليه الاتيان به ، لكن تستقر عليه الأجرة إذا سلم الاجير نفسه ومضى مدة إمكان العمل إن قلنا : تستقر الاجرة بتسليم الاجير نفسه وليس للأجير فسخ الاجارة ، وإن قلنا : لا تستقر ، فله فسخها ، وليس للمستأجر الفسخ بحال ، لأن الاجارة لا تنفسخ بالاعذار .

فصل

لا تنفسخ الاجارة بموت المتعاقدين ، بل إن مات المستأجر ، قام وارثه في استيفاء المنفعة مقامه . وإن مات المؤجر ، ترك المال عند المستأجر إلى انقضاء مدة الاجارة ، فان كانت الاجارة على الذمة ، فما التزمه ، دين عليه . فان كان في التركة وفاء ، استؤجر منها لتوفيته ، وإلا ، فالوارث بالخيار ، إن شاء وفاه واستحق الأجرة ، وإن أعرض فللمستأجر فسخ الاجارة . ولو أوصى بداره لزيد مدة عمر زيد ، فقبل الوصية ، وأجرها زيد مدة ، ثم مات في خلالها ، انفسخت الاجارة ، لانتهاء حقه بموته .

فصل

إذا أكرى رجلاً فهرب ، فتارة يهرب بها ، وتارة يهرب ويتركها عند المستأجر ، فان هرب بها ، نظر ، فان كانت الاجارة في الذمة ، اكرى الحاكم عليه من ماله . فان لم يجد له

مالاً، اقترض عليه من بيت المال أو من المستأجر أو غيره واكترى عليه. قال في «الشامل» : ولا يجوز أن يكمل أمر الاكتراء إلى المستأجر ، لأنه يصير وكيلًا في حق نفسه . وإن تعذر الاكتراء عليه ، فلمستأجر الفسخ كما لو انقطع السلم فيه عند المحل . فإن فسخ ، فالأجرة دين في ذمة الجئال وإن لم يفسخ ، فله مطالبة الجئال - إذا عاد - بما التزمه . وإن كانت إجارة عين ، فلمستأجر فسخ العقد ، كما إذا نددت الدابة . وأما إذا تركها عند المستأجر ، فإن تبرع بالانفاق عليها ، فذاك ، وإلا ، راجع الحاكم لينفق عليها وعلى من يقوم بتبنيها من مال المؤجر إن وجدته ، وإلا ، استقرض عليه كما ذكرنا ، ثم إن وثق بالمستأجر ، سلم إليه ما اقترضه لينفق عليها ، وإلا ، دفعه إلى من يثق به . وإذا لم يجد مالاً آخر ، باع منها بقدر الحاجة لينفق عليها من ثمنه ، ولا يخرج على الخلاف في بيع المستأجرة ، لأنه محل ضرورة ، ويبقى في يد المستأجر إلى انتهاء المدة . ولو لم يقتض الحاكم من المستأجر ، ولكن أذن له في الانفاق ليرجع ، جاز على الأظهر ، كما لو اقترض منه ثم دفعه إليه . والثاني : المنع ، ويجمل متبرعاً . وعلى الأول ، لو اختلفا في قدر ما أنفق ، فالصحيح : أن القول قول المنفق . وقيل : قول الجئال .

قلت : قال أصحابنا : إنما يقبل قول المستأجر إذا ادعى نفقة مثله في المادة .

والله أعلم

ولو أنفق المستأجر بغير إذن الحاكم مع إمكانه ، لم يرجع . وإن لم يكن حاكم ، فعلى ما ذكرناه في عامل المساقاة إذا هرب . قال الامام : ولو كان هناك حاكم ، وعسر إثبات الواقعة عنده ، فهو كما إذا لم يكن حاكم . وإذا أثبتنا الرجوع فيما إذا أنفق بغير مراجعة الحاكم ، فاختلفا في قدره ، فالقول قول الجئال ، لأن إنفاقه لم يستند إلى ائتمان من جهة الحاكم ، قال : وفيه احتمال ، لأن الشرع سلطه عليه .

وإذا انقضت مدة الاجارة ولم يعد الجمال ، باع الحاكم منها ما يقضي بثمنه ما اقترضه وحفظ باقيا . وإن رأى ييما لثلا تأكل نفسها ، فعل .

فصل (١)

إذا اكترى دابة أو داراً مدة ، وقبضها وأمسكها حتى مضت المدة ، انتهت الاجارة واستقرت الأجرة سواء انتفع بها في المدة ، أم لا ، وليس له الانتفاع بعد المدة ، فإن فعل ، لزمه أجرة المثل مع المسمى . ولو ضُبِضَت المنفعة بالعمل دون المدة ، بأن استأجر دابة ليركبها إلى بلد ، أو ليحمل عليها إلى موضع معلوم ، وقبضها وأمسكها عنده حتى مضت مدة يمكن فيها السير إليه ، استقرت عليه الأجرة أيضاً ، وسواء تخلف المستأجر لمذر أم لغيره ، حتى لو تخلف لخوف الطريق أو عدم الرفقة ، استقرت الأجرة عليه ، لأن المنافع تلفت في يده ، ولأنه يمكنه السفر عليها إلى بلد آخر واستعمالها في البلد تلك ، وليس للمستأجر فسخ العقد بهذا السبب ، ولا أن يلزم المؤجر استرداد الدابة إلى تيسر الخروج ، هذا في إجارة العين ، فإن كانت على الذمة وسلم دابة بالوصف المشروط ، فمضت المدة عند المستأجر ، استقرت الأجرة أيضاً ، لتعين حقه بالتسليم وحصول التمكن . ولو كانت الاجارة فاسدة ، استقرت فيها أجرة المثل بما يستقر به المسمى في الاجارة الصحيحة ، سواء انتفع ، أم لا ، وسواء كانت أجرة انثل أقل من المسمى أو أكثر .

فرع

أجر الحر نفسه مدة لعمل معلوم ، وسلم نفسه ، فلم يستعمله المستأجر حتى مضت

المدة ، أو مدة يمكن فيها ذلك العمل، استقرت الأجرة على الأصح، ويجري الخلاف فيما إذا ألزم ذمة الحر عملاً، فسلم نفسه مدة إمكان ذلك العمل [ولم يستعمله، وطرده المتولي الخلاف فيما إذا التزم الحر عملاً في الذمة وسلم عبده ليستعمله] فلم يستعمله، ووجبه بما يقتضي إثبات خلاف في كل إجارة على الذمة. ثم إن قلنا : لاستقر ، فللأجير أن يرفع الأمر إلى الحاكم ليجبره على الاستعمال .

فرع

أكرى عيناً مدة ، ولم يسلمها حتى مضت المدة ، انفسخت الإجارة، لفوات العقود عليه ، فلو استوفى [منفعة] المدة ، فطريقان . أحدهما : أنه كاتلاف البائع المبيع قبل القبض . والثاني : القطع بالانفساخ. ولو أمسكها بعض المدة ، ثم سلمها، انفسخت الإجارة في المدة التي تلفت منافعتها. وفي الباقي الخلاف فيما إذا تلف بعض المبيع قبل القبض ، فإن قلنا : لا يفسخ ، فللمستأجر الخيار ، ولا يبدل زمان بزمان . ولو لم تكن المدة مقدرة ، واستأجر دابة للركوب إلى بلد فلم يسلمها حتى مضت مدة يمكن فيها المضي إليه، فوجهان ، أحدهما : تنفسخ الإجارة ، وهو اختيار الامام . وأصحها وبه قطع الأكثرون : لا تنفسخ، لأن هذه الإجارة متعلقة بالمنفعة لا بالزمان ، ولم يتعذر استيفائها. فعلى هذا ، قال الأصحاب : لا خيار للمستأجر ، كما لا خيار للمشتري إذا امتنع البائع من تسليم المبيع مدة ثم سلمه . وشذ الزالي فقال في « الوسيط » : له الخيار، لتأخر حقه. والمروفي ، ماسبق . ولو كانت الإجارة في الذمة ولم يسلم ما تستوفي المنفعة منه حتى مضت مدة يمكن فيها تحصيل تلك المنفعة ، فلا فسخ ولا انفساخ بحال ، لأنه دين تأخر إيقاؤه .

القسم الثالث : فوات المنفعة شرعاً ، كفواتها حرجاً في اقتضاء الانفساخ، اتمذر

الاستيفاء ، فاذا استؤجر لقلع سنٍ وجيمة ، أو يد متأكيلة ، أو لاستيفاء قصاص في نفس أو طرف ، فالاجارة صحيحة على الأصح كما سبق ، فاذا زال الوجع ، أو عفي عن القصاص ، فقد أطلق الجمهور أن الاجارة تنفسخ ، وفيه كلامان . أحدهما : أن المنفعة في هذه الاجارة مضبوطة بالعمل دون الزمان ، وهو غير مأبوس منه ، لاحتمال عود الوجع ، فليكن زوال الوجع كفصب المستأجرة حتى يثبت خيار الفسخ دون الانفساخ . والثاني : حكى الشيخ أبو محمد وجهاً أن الاجارة لا تنفسخ ، بل يستعمل الأجير في قلع مسبار أو وتد ، ويراعى تداني العملين ، وهذا ضعيف ، والقوي ما قيل أن الحكم بالانفساخ جواب على أن المستوفى به لا يبدل ، فإن جوزناه ، أمره بقلع سن وجمة لغيره .

فصل

إذا آجر الوقف البطن الأول ، ثم مات في أثناء المدة ، فوجهان . أحدهما : تبقى الاجارة بحالها كالو أجر ملكه فمات . وأصحها : المنع ، لأن المنافع بعد موته لغيره ، ولا ولاية له عليه ، ولا نيابة ، ثم عبارة الجمهور بالانفساخ وعدمه ، ففي وجه : ينفسخ . وفي وجه : لا ينفسخ ، واستبعدها الصيدلاني والامام وطائفة ، لأن الانفساخ يشعر بسبق الانعقاد ، وجعلوا الخلاف في أنّا هل ندين البطلان لأننا تبينا أنه تصرف في غير ملكه ؟ ثم إن أبقينا الاجارة ، فحصة المدة الباقية من الأجرة تكون للبطن الثاني ، فإن أتلفها الأول ، فهي دين في تركته ، وليس كما لو أجر ملكه ومات في المدة ، حيث تكون جميع الأجرة تركة تقضى منها ديونه وتنفذ وصاياه ، لأن التصرف ورد على خالص ملكه ، والباقي له بعد الاجارة رقبة مسلوقة المنفعة في تلك المدة ، فتنقل إلى الوارث كذلك . وإن قلنا : لا تبقى الاجارة ، فهل

تبطل فيما مضى ؟ قال ابن الصباغ : يبنى على الخلاف في تفريق الصفقة . فان قلنا : لا تفرق ، كان للبطن الأول أجرة المثل لما مضى . أما إذا أجزر الوقف متولسيه ، فموته لا يؤثر في الاجارة على الصحيح ، لأنه ناظر للجميع . وقيل : تبطل الاجارة كما سيأتي في ولي الصبي إن شاء الله تعالى .

فرع

للولي إجارة الطفل وماله ، أباً كان أو وصياً أو قيماً ، إذا رأى المصلحة فيها ، لكن لا يجاوز مدة بلوغه بالسن . فلو أجزره مدة يبلغ في أثنائها ، بأن كان ابن سبع سنين ، فأجزره عشر سنين ، فطريقان . قال الجمهور : يبطل فيما يزيد على مدة البلوغ ، وفيما لا يزيد قولاً تفريق الصفقة . والثاني : القطع بالبطان في الجميع ، وهو الأصح عند البغوي .

قلت : واختاره أيضاً ابن الصباغ . والله أعلم

ويجوز أن يؤجزه مدة لا يبلغ فيها بالسن وإن احتمل بلوغه بالاحتلام ، لأن الأصل بقاء الصب . فلو اتفق الاحتلام في أثنائها ، فوجهان . أحدهما عند صاحب « المذهب » والروايان : بقاء الاجارة . وأصحها عند الامام والمتولي : لا تبقى .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » الثاني . والله أعلم

ثم التعبير عن هذا بالانفساخ أو تبين البطان ، كما ذكرنا في مسألة الوقف . وإذا قلنا : لا تبقى الاجارة ، جاء فيما مضى خلاف تفريق الصفقة . وإذا قلنا : تبقى ، فهل له خيار الفسخ إذا بلغ ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كالأول زوجها ثم بلغت .

فرع

أجر الولي مال المجنون ، فأفاق في أثناء المدة ، فهو كبلوغ الصبي بالاحتلام .

فصل

لو أجر عبده ثم أعتقه ، نفذ ، لأن إعتاق المنصوب والآبق نافذ ، فهذا أولى ، ولا تنفسخ الاجارة على الصحيح ، ولا خيار للعبد على الأصح ، ولا يرجع على السيد بأجرة المثل للمدة الواقعة بعد العتق على الأظهر الجديد . وقيل : على الأصح . فان قلنا : يرجع ، فنفقته في تلك المدة على نفسه ، لأنه مالك لمنفعة نفسه . وإن قلنا : لا يرجع ، فهل هي على سيده لادامة جسده ؟ أم في بيت المال لأنه حرٌّ عاجز ؟ وجهان . أصحها : الثاني .

قلت : فان قلنا : النفقة على السيد ، فوجهان . أحدهما : تجب بالفة ما بلغت . وأصحها : يجب أقل الأمرين من أجرة مثله وكفايته . والله أعلم

ولو ظهر بالعبد عيب بعد العتق ، وفسخ المستأجر الاجارة ، فالمنافع للعتيق إن قلنا : يرجع بمنافعه على السيد ، وإلا ، فهل هي له ، أم للسيد ؟ وجهان .

قلت : الأصح : كونها للعتيق . والله أعلم

ولو أجر عبده ومات ، وأعتقه الوارث في المدة ، ففي انفساخ الاجارة ماسبق . فان قلنا : لا انفساخ ، لم يرجع هنا على المعتق بشيء بلا خلاف . ولو أجر أم ولده ومات في المدة ، عتقت . وفي بطلان الاجارة ، الخلاف المذكور إذا أجر

البطن الأول الوقف ومات، وكذا الحكم في إجارة المعلق عتقه بصفة. قال البغوي : وإنما تجوز إجارته مدة لا تتحقق الصفة فيها، فإن تحققت (١)، فهو كإجارة الصبي مدة يتحقق بلوغه فيها .

قلت : هذا الذي قاله البغوي ظاهر إن منعنا بيع العين المستأجرة ، فإن جوزناه فينبغي أن يقطع بجواز إجارته هنا، لأنه متمكن من بيعه، وإبقاء الإجارة إلى انقضاء مدتها، بخلاف مسألة الصبي، لكن قد يقال : وإن تمكن فقد لا يفعل . والله أعلم

فرع

كتابة العبد المكترى جائزة عند ابن القطان ، باطلة عند ابن كج .

قلت : الثاني : أقوى . والله أعلم

فإن جوزناها ، عاد الخلاف في الخيار وفي الرجوع على السيد .

قلت : ومن مسائل الفصل ، ما ذكره ابن كج، وهو خارج عن القواعد السابقة : أنه لو أكرى داراً لعبد ثم قبض العبد وأعتقه ، فأنهدمت الدار، رجع على المعتق بقدر ما بقي من المدة من قيمة العبد . والله أعلم

فصل

إذا باع العين المستأجرة ، فله حالان .

[الحال الأول : البيع للمستأجر، وهو صحيح قطعاً . ثم في الإجاره وجهان .

(١) في الأصل : تحقق .

أحدهما : تنفسخ ، قاله ابن الحداد ، ويمبر عنه بأن الاجارة والملك لا يجتمعان . وأصحها :
لاتنفسخ . فعلى الأول ، يرجع المستأجر على المؤجر بقية المدة على الأصح . وقال
ابن الحداد : لا يرجع . ولو فسخ المستأجر البيع بصيب ، لم يكن [له] الامساك
بحكم الاجارة ، لأنها قد انفسخت بالشراء . ولو تلفت العين ، لم يرجع على البائع
بشيء ، لأن الاجارة غير باقية عند التلف ، وعلى الوجه الثاني الأصح ، وهو أن
الاجارة لاتنفسخ بالشراء ، ففي صورة فسخ البيع باليب له الامساك بحكم الاجارة ،
ولو فسخ عقد الاجارة ، رجع على البائع بأجرة بقية المدة . وفي صورة التلف تنفسخ
الاجارة بالتلف ، وحكمه ماسبق ، وتخرج على الخلاف في أن الاجارة والملك هل
يجتمعان ؟ مسائل .

إحداها : أوصى لزيد برقة دار ، ولعمرو بمنفعتها ، وأجرها لعمرو ، ففي صحة
الاجارة الوجهان .

الثانية : مات المستأجر ووارثه المؤجر ، ففي انفساخها الوجهان .

الثالثة : أجر المستأجر العين المستأجرة للمالك ، جاز على الصحيح النصوص ،
كما يجوز أن يبيعه ما اشتراه منه ، ومنعه ابن سريج ، لاجتماع الملك والاجارة .

الرابعة : أجر داره لابنه ، ومات الأب في المدة ولا وارث له غير الابن
المستأجر ، وعليه ديون مستفرقة ، بني أولاً على أن الوارث هل يملك التركة وهناك
دين مستغرق ؟ إن قلنا : لا يملك ، بقيت الاجارة بحالها . وإن قلنا : يملك ، وهو
الصحيح ، فعلى الأصح : لاتنفسخ الاجارة . وعلى قول ابن الحداد : تنفسخ ، لأن الملك
طراً على الاجارة . وادعى الروياني أن هذا أصح . وإذا انفسخت الاجارة ،
قال ابن الحداد : الابن غريم يضارب بأجرة بقية المدة للفرماء ، ووافقه
بعضهم ، وخالفه المعتبرون ، لأنه خلاف ماسبق عنه في الشراء : أنه لا يرجع ،

وضمفوا الفرق . ولو مات الأب المؤجر عن ابنين ، أحدهما المستأجر ، فعلى الأصح : لاتنسخ الاجارة في شيء من الدار ، ويسكنها المستأجر إلى انقضاء المدة ، ورقبتها بينها بالارث . وقال ابن الحداد : تنسخ الاجارة في النصف الذي يملكه المستأجر ، وله الرجوع بنصف أجرة ما تنسخ العقد فيه ، لان مقتضى الانفساخ في النصف الرجوع بنصف الأجرة ، لكنه خلف ابنين والتركة في يدهما ، والدين الذي يلحقها يتوزع ، فيخص الرابع الربع ، ويرجع بالربع على أخيه ، فان لم يترك الميت سوى الدار ، يبيع من نصيب الأخ الرجوع عليه بقدر ما يثبت به الرجوع ، وهذا بعيد عند الأئمة ، لأن الابن المستأجر ورث نصيبه بمنافه ، وأخوه ورث نصيبه مسلوب المنفعة ، ثم قد تكون أجرة مثل الدار في تلك المدة مثلي ثمنها ، فاذا رجع على الأخ بربع الأجرة ، احتاج إلى بيع نصيبه ، فيكون أحدهما قد فاز بجميع نصيبه ، ويبيع نصيب الآخر وحده في دين الميت . قال الشيخ أبو علي : ولو لم يخلف إلا الابن المستأجر ، ولا دين عليه ، فلا فائدة في الانفساخ ، ولا أثر له ، لأن الكل له ، سواء [أخذ] بالارث ، أو أخذ مدة الاجارة بالاجارة وبمدها بالارث ، وسواء أخذ بالدين أم بالارث .

فرع

أجر البطن الأول الوقف للبطن الثاني ، ومات المؤجر في المدة ، فان قلنا : لو أجزأجنبياً بطلت الاجارة ، فهنا أولى ، وإلا ، فوجهان ، لأنه طراً الاستحقاق في مدة الاجارة . قال الامام : وهذا أولى بارتفاع الاجارة .

الحال الثاني : البيع لغير المستأجر ، وهو صحيح على الأظهر عند الأكثرين . ويجري القولان سواء أذن المستأجر ، أم لا . وإذا صححنا ، لم تنسخ الاجارة ، كما

لا يفسخ النكاح ببيع الزوجة ، ويترك في يد المستأجر إلى انقضاء المدة ، وللمشتري فسخ البيع إن كان جاهلاً . وإن كان عالماً ، فلا فسخ له ، ولا أجره لتلك المدة ، وكذا لو كان جاهلاً وأجاز ، ذكره البغوي ، ويشبه أن يكون على الخلاف في مدة بقاء الزرع إذا باع أرضاً مزروعة . ولو وجد المستأجر به عيباً ، وفسخ الاجارة ، أو عرض ما يفسخ به الاجارة بمنفعة بقية المدة ، إن يكون ؟ وجهان . قال ابن الحداد : للمشتري . وقال أبو زيد : للبائع ، لأن المشتري لم يملك منافع تلك المدة . وبناءها المتولي على أن الرد بالميب يرفع العقد من أصله ، أم من حينه ؟ إن قلنا بالأول ، فهي للمشتري وكأن الاجارة لم تكن . وإن قلنا : من حينه ، فللبائع ، لأنه لم يوجد عند الرد ما يوجب الحق للمشتري . قال : ولو تقايلا الاجارة ، فإن قلنا : الاقالة ببيع ، فهي للبائع . وإن قلنا : فسخ ، فكذلك على الصحيح ، لأنها ترفع العقد من حينها قطعاً . وإذا حصل الانفساخ ، رجع المستأجر بأجرة بقية المدة على البائع . قال ابن كج : ويحتمل أن يرجع على المشتري .

فرع

القولان في صحة بيع المستأجر يجران في هبته ، وتجاوز الوصية به قطعاً .

فرع

لو باع عينا واستثنى منفعتها لنفسه سنة أو شهراً ، فطريقان . أحدهما يحكي عن ابن سريج : أنه على قولي بيع المستأجر . والمذهب : القطع بطلان العقد .

فصل

في مسائل منشورة تتعلق بالباب الأول

إحداها : قال : أئزمتُ ذمتك نسج ثوب صفته كذا على أن تنسجه بنفسك، لم يصح العقد ، لأنه غرر ، فأشبهه السلم في شيء معين .

الثانية : يصح استئجار الأرض بما يستأجر به الثوب والعبد من الدراهم والطعام وما تنبت الأرض وغيرها ، إذا عيّن أو وُصِف .

الثالثة : إذا استأجر دابة ليركبها إلى بلد بمشرة دنانير، وجب نقد بلد العقد . ولو كانت الاجارة فاسدة ، فلا اعتبار في أجرة المثل بموضع إتلاف المنفعة نقداً أو وزناً .

الرابعة : يجوز إجارة المصحف والكتب لمطالعتها والقراءة منها .

الخامسة : لا يجوز أن يستأجر بركة ليأخذ منها السمك . فلو استأجرها ليحبس فيها الماء حتى يجتمع فيها السمك ، جاز على الصحيح .

السادسة : يصح من المستأجر إجارة ما استأجره بعد قبضه ، سواء أجر بمثل ما استأجر ، أم بأقل ، أم بأكثر . وفي إجارته قبل القبض وجهان . قال ابن سريج : يجوز ، والأصح : المنع . فعلى هذا ، في إجارته المؤجر وجهان ، كبيع المبيع للبائع قبل قبضه .

قلت : الأصح : صحة إجارته للمؤجر . والله أعلم

السابعة : المستعير لا يكره . فلو استعار ليكرهه ، لم يصح على الأصح . وقيل : يجوز كما لو استعاره ليرهنه .

الثامنة : أجز ناظر المسجد حانوته الخراب، بشرط أن يعمره المستأجر بماله، ويكون ما أنفقه محسوباً من أجرته ، لم تصح الاجارة،لانه عند الاجارة غير منتفع به .

التاسعة :لاتجوز إجارة الحمام بشرط أن تكون مدة تعطله بسبب الهارة ونحوها محسوبة على الستأجر ، ولا على المؤجر ،لا بمعنى انحصار الاجارة في المدة في الباقي لان المدة تصير مجهولة ، ولا بمعنى استيفاء مثلها بعد المدة لان آخر المدة يصير مجهولاً .
العاشرة : استأجره ليبيع له شيئاً مميئاً ، جاز ، لان الظاهر أنه يجد راعباً ، ولشراء شيء معين لايجوز ،لان رغبة مالكه في البيع غير مظنونة ،ولشراء شيء موصوف يجوز ، ولبيع شيء لرجل معين لايجوز .

الحادية عشرة : لو أراد استئجاره للخروج إلى بلد السلطان،والنظم للمستأجر، وعرض حاله في المظالم ، قال الفقهاء في « الفتاوى » : يستأجر مدة كذا ليخرج إلى موضع كذا ويذكر حاله في المظالم ويسمى في أمره عند من يحتاج إليه ، فتصح الاجارة،لان المدة معلومة وإن كان في العمل جهالة ، كما لو استأجره يوماً ليخاصم غرماء ، قال : ولو بدا للمستأجر ، فله أن يستعمله فيما ضرره مثل ذلك .

الثانية عشرة : حكى ابن كج عن نص الشافعي رضي الله عنه ، أنه لاتصح إجارة الارض حتى تثرى لاحائل دونها من زرع وغيره ، وفي هذا تصريح بأن إجارة الارض الزروعة لاتصح ،توجبها بأن الزرع يمنع رؤيتها ، وفيها معنى آخر وهو تأخر التسليم والانتفاع عن العقد،ومشابهته إجارة الزمان المستقبل ، ويقرب منه ما لو أجز داراً مشحونة بطعام وغيره وكان التفريغ يستدعي مدة ، ورأيت للأئمة فيما جُمع من فتاوى الفقهاء جوابين فيه . أحدهما: أنه إن أمكن التفريغ في مدة

ليس لثلثها أجرة ، صح العقد، وإلا ، فلا ، لأنه إجارة مدة مستقبلية . والثاني : أنه إن كان يذهب في التفريغ جميع مدة الإجارة ، لم يصح . وإن كان يبقى منها شيء ، صح ولزم قسطه من الأجرة إذا وجد فيه التسليم . وخرّجوا على الجوايين ، ما إذا استأجر داراً ببلد آخر ، فانه لا يتأثى التسليم إلا بقطع المسافة بين البلدين ، وما إذا [باع] حمداً وزناً وكان يناع بعضه إلى أن يوزن .

قلت : الصحيح من الجوايين هو الأول ، بل قد تقدم في الشرط اثالث من الركن الرابع من الباب الأول وجه : أنه لاتصح إجارة المشحونة بالقماش وإن أمكن تفريغها في الحال . وتقدم هناك ، أن المذهب صحة إجارة الأرض المستورة بالماء للزراعة ، وليس هو مخالفاً للمذكور هنا ، لأن التعليل هناك بأن الماء من مصالحها مفقود هنا . والاصح عندي ، فيما إذا استأجر داراً ببلد آخر ، الصحة ، وفي الجمد المنع ، لا مكان ييمه جزافاً . والله أعلم

الثالثة عشرة : إذا استأجر للخدمة ، وذكر وقتها من الليل والنهار ، وفصل أنواعها ، صح . وإن أطلق ، فقد حكي عن النص المنع ، والمذهب الجواز ، ويلزم ما جرت العادة به . وفصل القاضي أبو سعد بن أبي يوسف أنواعها فقال : يدخل في هذه الإجارة ، غسل الثوب وخطاطته ، والخبز والمعجن وإيقاد النار والتنور ، وعلف الدابة وحلبها ، وخدمة الزوجة ، والفرس في الدار ، وحمل الماء إلى الدار للشرب ، وإلى المتوضئ للطهارة . وعن سهل الصعلوكي : أن علف الدابة وحلبها ، وخدمة الزوجة ، لاتدخل إلا بالتنصيص عليها ، وينبغي أن يكون الحكم كذلك في خطاطة الثوب وحمل الماء إلى الدار ، ويجوز أن يختلف الحكم فيه بالعادة . وذكر بعض شراح «المفتاح» أنه ليس له إخراجها من البلدة ، إلا أن يشترط عليه مسافة

معلومة من كل جانب ، وأن عليه المكث عنده إلى أن يفرغ من صلاة العشاء الآخرة (١) .

قلت : المختار في هذا كله ، الرجوع إلى عادة الخادم في ذلك البلد وذلك الوقت ، ويختلف ذلك باختلاف مراتب المستأجرين ، وباختلاف الاجراء ، وفي الذكورة والانوثة من الطرفين ، وغير ذلك ، فيدخل ما اقتضه العادة دون غيره .

والله أعلم

الرابعة عشرة : استأجره على القيسام على ضيعة ، قام عليها ليلاً ونهاراً على المعتاد .

الخامسة عشرة : استأجره للخبز ، يثن أنه يخبز أقراصاً ، أو أرغفة غلاظاً أو رقائقاً ، وأنه يخبز في تنور أو فرن ، وآلات الخبز على الاجير إن كانت لإجارة على الذمة ، وإلا ، فعلى المستأجر ، وليس على الاجير إلا تسليم نفسه ، والقول فيمن عليه الحطب كالحبر في حق الوراق .

السادسة عشرة : قال بمض شراح « المفتاح » : لو اكرت دابة ليركبها فرسخين ، لم يجز حتى يبين شرقاً أو غرباً ، فاذا بيثن فأراد العدول إلى غيرها ، فله مكري منه ، لان المعين قد يكون أسهل ، أو له فيه غرض ، وهذا يخالف ماسبق ، فليجعل وجهاً .

(١) وفي هامش النسخة الظاهرية : ما نصه :

كذا حكاه عن شرح مجهول ، وهو في « الام » ، وغيرها دال في الأكثر في باب الصلح الذي بعد اللعان فيما إذا صالح على خدمة عبد ما نصه : فلصاحب الخدمة أن يتخذه غيره . ويؤاجر غيره في مثل عمله ، وليس له أن يخرج من المصر إلا بإذن سيده ، وصرح به أيضاً القاضي حسين ، قال : إلا أن يشترط عليه مسافة معلومة من كل جانب من فرسخ إلى خمسة عشر ، وصرح أيضاً بأن عليه الإقامة إلى صلاة العشاء . اهـ .

فصل

في مسائل تتعلق بالباب الثاني

إحداها : استأجره لعمل مدة ، يكون زمن الطهارة والصلوات - فرائضها وسننها الرواتب - مستثنى ، ولا ينقص من الأجرة ، وسواء فيه الجمعة وغيرها . وعن ابن سريج ، جواز ترك الجمعة بهذا السبب ، حكاه أبو الفضل بن عبدان . والسبوت في استئجار اليهودي مستثناة إن اطرده عرفهم ، بذلك قال الغزالي في « الفتاوى » .
الثانية : استأجر مرضعة لتعهد الصبي ، فالدهن على أبيه ، فان جرى عرف البلد بخلافه ، فوجهان .

الثالثة : استأجره لحمل حطب إلى داره وهي ضيقة الباب ، هل عليه إدخاله الدار ؟ فيه قولان للعرف ، ولا يكلف صعود السطح [به] .

الرابعة : استأجره لفصل ثياب معلومة ، فحملها إليه حمال ، فان شرطت أجرته على أحدهما ، فذاك ، وإلا ، فعلى الفسال ، لأنه من تمام الفصل .
الخامسة : استأجره لقطع أشجار بقرية ، لم تجب عليه أجرة الذهاب والمجيء ، لأنها ليسا من العمل ، ذكر هذه المسائل الأربع أبو عاصم العبادي .

السادسة : استأجر دابة ليركبها ويحمل [عليها] كذا رطلاً ، فركب وحمل وأخذ في السير ، فأراد المؤجر أن يعلق عليها مخللة أو سفرة أو نحوها من قدام القتب أو من خلفه ، أو أن يردف معه رديفاً ، فلم يستأجر منه .

السابعة : استأجر دابة ليركبها إلى موضع معلوم ، فركبها [إليه] ، فمن صاحب « التقريب » أن له أن يردها إلى الموضع الذي سار منه ، إلا أن ينهأ صاحبها . وقال الأكثرون : ليس له ردها ، بل يسلمها إلى وكيل المالك إن كان ، وإلا ، فإلى

الحاكم هناك . فان لم يكن حاكم ، فالى أمين ، فان لم يجد أميناً ، ردها أو استصحبها إلى حيث يذهب ، كالمودع يسافر بالوديعة للضرورة . وإذا جاز له الرد ، لم يجز له الركوب ، بل يسوقها أو يقودها ، إلا أن يكون بها جراح لا تنقاد إلا بالركوب ، وبمثله لو استعار للركوب إليه . قال المبادي : له الركوب في الرد ، لأن الرد لازم له ، فلاذن تناوله بالعرف ، والمستأجر لا رد عليه .

الثامنة : استأجر دابة للركوب إلى مكان ، فجاوزه ، لزمه المسمى للمكان : وأجرة المثل للزيادة ، ويصير ضامناً من وقت المجاوزة . فان ماتت ، لزمه أقصى القيم من حينئذ إن لم يكن معها صاحبها ، ولا يبرأ عن الضمان بردها إلى ذلك الموضع . وإن كان معها صاحبها ، فان تلفت بعدما نزل وسلمها إليه ، فلا ضمان عليه . وإن تلفت وهو راكب ، نظر ، إن تلفت بالوقوع في بئر ونحوه ، ضمن جميع القيمة . وإن لم يحدث سبب ظاهر ، فقليل : تلزم كل القيمة أيضاً ، والأصح : لا يلزمه الكل بل النصف في قول . ومقتضى التوزيع على المسافتين في قول كما سبق ، فيما إذا حمل أكثر من المشروط ، لأن الظاهر حصول التلف بكثرة التعب وتعاقب السير . حتى لو قام في المقصد قدر ما يزول فيه التعب ، ثم خرج بغير إذن المالك ، ضمن الكل . وإذا استأجر ليركب ويعود ، فلا يلزمه لما جاوز أجرة المثل ، لأنه يستحق قطع قدر تلك المسافة ذهاباً ورجوعاً ، بناءً على أن يجوز العدول إلى مثل الطريق المين . قلت : ولا يجوز أن يركبها بعد المجاوزة جميع الطريق راجعاً ، بل يركبها بقدر تمام مسافة الرجوع . والله أعلم

ثم إن قدر في هذه الاجارة مدة مقامه في المقصد ، فذاك ، وإلا ، فان لم يزد على مدة المسافرين ، انتفع بها في الرجوع . وإن زاد ، حسبت الزيادة عليه .
التاسعة : استأجر دابة للركوب إلى عشرة فراسخ ، فقطع نصف المسافة ، ثم

رجع لأخذ شيء نسيه راكباً ، انتهت الاجارة واستقر جميع الأجرة ، لأن الطريق لاثمين ، وكذا لو أخذ الدابة وأمسكها يوماً في البيت ثم خرج ، فاذا بقي بينه وبين المقصد يوم ، استقرت الأجرة ، ولم يحز له الزكوب بعده ، وكذا لو ذهب في الطريق لاستقاء ماءً أو شراء شيء يميناً وشمالاً ، كان محسوباً من المدة ، ويترك الارتفاع إذا قرب من المقصد بقدره .

العاشرة : دفع إليه ثوباً ليقصره بأجرة ، ثم استرجعه ، فقال : لم أقصره بعد ، فلا أردّه ، فقال صاحب الثوب : لا أريد أن تقصره فأرده إلي ، فلم يردّ وتلف الثوب عنده ، لزمه ضمانه . وإن قصره ورده ، فلا أجرة له ، وعلى هذا قياس القزل عند النساج ونظائره .

قلت : صورة المسألة ، إذا لم يقع عقد صحيح . والله أعلم

الحادية عشرة : استأجره ليكتب سكناً في هذا البياض ، فكتبه خطأً ، فعليه نقصان الكاغد ، وكذا لو أمره أن يكتب بالعربية فكتب بالعجمية أو بالعكس .

قلت : ولا أجرة له ، ويقرب منه ما ذكره الفزالي في « الفتاوى » : أنه لو استأجره لنسخ كتاب ، فغير ترتيب الأبواب ، قال : إن أمكن بناء بعض المكتوب بأداء كان عشرة أبواب ، فكتب الباب الأول آخرًا منفصلاً ، بحيث يبنى عليه ، استحق بقسطه من الأجرة وإلا ، فلا شيء له . والله أعلم

الثانية عشرة : استأجر دابة لحمل الحنطة من موضع كذا إلى داره يوماً إلى الليل متردداً مرات ، فركبها في عوده ، فمطبت الدابة ، ضمن على الأصح ، لأنه استأجرها للحمل لا للركوب . وقيل : لا يضمن ، للعرف ، ذكرهما المبادي .

الثالثة عشرة : العامل في المزارعة الصحيحة ، لو ترك السقي متعمداً ، ففسد الزرع ، ضمن ، لأنه في يده وعليه حفظه .

الرابعة عشرة : تمدى المستأجر بالحل على الدابة ، فقرح ظهرها وهلك منه ، لزمه الضمان وإن كان الهلاك بعد الرد إلى المالك .

فصل

في مسائل تتعلق بالباب الثالث

إحداها : في « المنشور » للزني ، أنه لو استأجر لخياطة ثوب ، فخاط بعضه ، واحترق الثوب ، استحق الأجرة لما عمل . إن قلنا : يفسخ العقد ، استحق أجرة المثل ، وإلا ، فقسط المسمى . ولو استأجره لحمل جرّة إلى موضع ، فزلق في الطريق فانكسرت ، لا شيء له من الأجرة . والفرق أن الخياطة تظهر على الثوب ، فوق العمل مسلماً بظهور أثره ، والحمل لا يظهر على الجرّة .

الثانية : أجر أرضاً ففرقت بسيل أو ماءً نبع منها ، فإن لم يتوقع الخسارة في مدة الاجارة ، فهو كانهدام الدار . وإن توقع ، فله مستأجر الخيار كما لو غصبت . فإن أجاز ، سقط من الأجرة بقدر ما كان الماء عليها . وإن غرق نصفها وقد مضى نصف المدة ، انفسخ العقد فيه . والمذهب : أنه لا يفسخ في الباقي ، بل له الخيار فيه في بقية المدة . فإن فسخ وكانت أجرة المدة لا تنفاوت ، فعليه نصف المسمى للمدة الماضية . وإن أجاز ، فعليه ثلاثة أرباع المسمى ، فالنصف لماضي ، والرابع للباقي .

الثالثة : تعطّل الرحي لا تقطاع الماء ، والحمام خلل في الأبنية ، أو لنقص الماء في بثره ونحوه ، كانهدام الدار ، وكذا لو استأجر قناة فانقطع ماؤها . فلو نقص ،

ثبت الخيار ولم يفسخ . ولو استأجر طاحوتين متقابلتين ، فنقص الماء ، وبقي ماء تدور به إحدهما ولم يفسخ ، قال العبادي : تلزمه أجرة أكثرهما .

الرابعة : قال في « التتمة » : لو دفع غزلاً إلى نساج واستأجره لنسج ثوب طوله عشرة في عرض معلوم ، فجاء بالثوب وطوله أحد عشر ، لا يستحق شيئاً من الأجرة ، وإن جاء به وطوله تسعة ، فإن كان طول السدى عشرة ، استحق من الأجرة بقدره ، لأنه لو أراد أن ينسج عشرة لتمكن منه . وإن كان طوله تسعة ، لم يستحق شيئاً ، لمخالفته . ولو كان الغزل المدفوع إليه مسدى ، واستأجره كما ذكرناه ، ودفع إليه من اللحمة ما يحتاج إليه ، فجاء [به] أطول في العرض المشروط ، لم يستحق للزيادة شيئاً . وإن جاء به أقصر في العرض المشروط ، استحق بقدره من الأجرة . وإن وافق في الطول ، وخالف في العرض ، فإن كان أنقص ، نظر ، إن كان ذلك لمجاوزته القدر المشروط من الصفاقة ، لم يستحق شيئاً من الأجرة ، لأنه مفرط لمخالفته . وإن راعى المشروط في صفة الثوب رقة وصفاقة ، فله الأجرة ، لأن الخلل والحالة هذه من السدى . وإن كان زائداً ، فإن أخذ بالصفاقة ، لم يستحق شيئاً ، وإلا ، استحق الأجرة بتمامها ، لأنه زاد خيراً .

الخامسة : مما ثبت الخيار لنقص ، فأجاز ، ثم أراد الفسخ ، فإن كان [ذلك] السبب بحيث لا يرجى زواله ، بأن انقطع الماء ، ولم يتوقع عوده ، فليس له الفسخ ، لأنه عيب واحد وقد رضي به . وإن كان بحيث يرجى زواله ، فله الفسخ ما لم يزل ، لأن الضرر يتجدد ، كما لو تركت المطالبة بعد مدة الإيلاء ، أو الفسخ بعد ثبوت الاعسار ، فلها العود إليه . وكذا لو اشترى عبداً فأبقى قبل القبض وأجاز ، ثم أراد الفسخ ، فله ذلك ما لم يعهد العبد .

فصل

لو أراد المستأجر أن يستبدل عن المنفعة ، فإن كانت الاجارة في النمة ، لم يجوز . وإن كانت اجارة عين ، قال البغوي : هو كما لو أجز المين المستأجرة للمؤجر ، وفيه وجهان . أصحها : الجواز وإن جرى بعد القبض .

فصل

لو ضمن رجل المهددة المستأجر ، ففي « الفتاوى » أنه يصح ويرجع عليه عند ظهور الاستحقاق . وعن ابن سريج : أنه لا يصح . قلت : وما يتعلق بكتاب الاجارة ، مسائل .

إحداها : إذا توجه الحبس على الأجير ، قال الغزالي في « الفتاوى » : إن أمكن العمل في الحبس ، جمع بينها . وإن تعذر ، فإن كانت الاجارة على المين ، قدم حق المستأجر كما يقدم حق المرتين ، ولأن العمل مقصود في نفسه ، والحبس ليس مقصوداً في نفسه ، ثم القاضي يستوثق [عليه مدة العمل] إن خاف هربه على ما براه . وإن كانت الاجارة في النمة ، طوبى بتحصيله بغيره . فإن امتنع ، حبس بالحقين .

الثانية : لا يلزم المؤجر أن يدفع عن المين المستأجرة الحريق والنهب وغيرهما ، وإنما عليه تسليم المين ورد الاجرة إن تعذر الاستيفاء . وأما المستأجر ، فإن قدر على ذلك من غير خطر ، لزمه كالمودع .

الثالثة : إذا وقعت الدار على متاع المستأجر ، فلا شيء على المؤجر ، ولا أجره تخليصه .

الرابعة : استأجره لبناء درجة ، فلما فرغ منها انهدمت في الحال ، فهذا قد يكون لفساد الآلة ، وقد يكون لفساد العمل ، والرجوع فيه إلى أهل العرف . فان قالوا : هذه الآلة قابلة للعمل المحكم وهو المقصّر ، لزمه غرامة ماتلف .

الخامسة : إذا جعل [غَلَّة] في المسجد وأغلقه ، لزمه أجرته ، لأنه كما يضمن المسجد بالاتلاف يضمن منفعته ، ذكر هذه المسائل الخمس النزالي في « الفتاوى » ، وتقييده في المسجد بما إذا أنلقه ، لاجابة إليه ، بل لو لم يلقه ، ينبغي أن تجب الأجرة ، لليلة المذكورة .

السادسة : استأجر بهيمة إلى بلد لحمل متاع ، ثم أراد في أثناء الطريق بيعه والرجوع ، وطلب رد بعض الأجرة ، فليس له شيء ، لان الاجارة عقد لازم ، بل إن باعه ، فله حمل مثله إلى المقصد المسمى .

السابعة : في فتاوى القاضي حسين : أنه لو أكره الامام رجلاً على غسل ميت ، فلا أجر له ، لان غسله فرض كفاية ، فاذا فعله بأمر الامام ، وقع عن الفرض ، ولو أكرهه بعض الرعية ، لزمه أجره المثل ، لانه مما يستأجر عليه ، هذا كلام القاضي حسين ، ووافقه جماعة . قال إمام الحرمين : هذا إذا لم يكن للميت تركة ، ولا في بيت المال سعة . فان كان له تركة ، فثبوت تجهيزه في تركته ، وإلا ، ففي بيت المال إن اتسع ، فيستحق المكره الأجرة . قال الرافعي في أوائل كتاب السبتر : هذا التفصيل حسن ، فيحمل عليه إطلاقهم .

الثامنة : أجرت نفسها للارضاع ، هل عليها الفطر في رمضان إذا احتاج الرضيع إليه ؟ فيه كلام سبق واضحاً في كتاب الصيام .

التاسعة : استأجر ابنه الذي بلغ سنّاً يعمل مثله فيه ليسقط نفقته عن نفسه وبنفق عليه من أجرته ، جاز ، كما يشتري ماله ، ذكره في فتاوى القاضي حسين .
والله أعلم

كتاب الجعالة

هي أن يقول : من رد عبدي الآبق ، أو دابتي الضالة ، ونحو ذلك ، فله كذا ، وهي عقد صحيح للحاجة ، وأركانه أربعة .

أحدها : الصيغة الدالة على الاذن في العمل بعوض يلتزمه ، فلو رد آبقاً أو ضالة بغير إذن مالكها ، فلا شيء له ، سواء كان الراد معروفاً برد الضوال ، أم لا . ولو قال لزيد : ردّ آبقي ولك دينار ، فردّه عمرو ، لم يستحق شيئاً ، لأنه لم يشرط له . ولو رده عبد زيد ، استحق زيد ، لأن يد عبده يده . ولو قال : من رده فله كذا ، فردّه من لم يبلغه نداؤه ، لم يستحق شيئاً ، لأنه متبرع . فان قصد التعويض لاعتقاده أن مثل هذا العمل لا يمحيط ، لم يستحق شيئاً على المذهب ، ولا أثر لاعتقاده . وعن الشيخ أبي محمد ، تردد فيه . ولو عين رجلاً فقال : إن رده زيد فله كذا ، فردّه زيد غير عالم باذنه ، لم يستحق شيئاً . ولو أذن في الرد ولم يشرط عوضاً ، فلا شيء للراد على المذهب وظاهر النص ، وفيه الخلاف السابق فيمن قال : اغسل ثوبي ولم يسمّ عوضاً .

فصل

لا يشترط أن يكون الملتزم من يقع العمل في ملكه . فلو قال غير المالك : من رد عبد فلان فله كذا ، استحقه الراد على القائل . ولو قال فضولي : قال فلان : من رد عبدي فله كذا ، لم يستحق الراد على الفضولي شيئاً ، لانه لم يلتزم . وأما

المالك ، فان كذب الفضولي عليه ، فلا شيء عليه . وإن صدق ، قال البغوي : يستحق عليه . وكأن هذا فيما إذا كان المخبر بمن يعتمد قوله ، وإلا ، فهو كما لو رد غير عالم بأذنه .

قلت : لو شهد الفضولي على المالك بأذنه ، قال : فينبغي أن لا تقبل شهادته ، لانه متهم في ترويج قوله . وأما قول صاحب « البيان » : مقتضى المذهب قبولها ، فلا يوافق عليه . والله أعلم

فرع

سواء في صيغة المالك قوله : من رد عبيدي ، وقوله : إن رده إنسان ، أو إن ردده ، أو رده ذلك كذا .

الركن الثاني : التعاملان . فأما ملتزم الجمل ، فيشترط أن يكون مطلق التصرف . وأما العامل ، فيجوز أن يكون شخصاً معيناً ، وجماعة ، ويجوز أن لا يكون معيناً ولا معينين ، وقد سبق بيانه في الركن الاول . ثم إذا لم يكن العامل معيناً ، فلا يتصور قبول العقد وإن كان لم يشترط قبوله ، كذا قاله الاصحاب ، وهو المذهب . وقال الامام : لا يمتنع أن يكون كالوكيل في القبول ، ويشترط عند التعيين أهلية العمل في العامل .

الركن الثالث : العمل ، فما لا تجوز الاجارة عليه من الاعمال لكونه مجهولاً ، تجوز الجمالة عليه للحاجة ، وما جازت الاجارة عليه ، جازت الجمالة أيضاً على الصحيح . وقيل : لا ، للاستغناء بالاجارة . ولو قال : من رد مالي فله كذا ، فرده من كان في يده ، نظر ، إن كان في رده كلفة كالآبق ، استحق الجمل . وإن لم يكن ، كالدرهم

والدنانير ، فلا ، لان مالا كلفة فيه لا يقابل بالموض . ولو قال : من دلي على مالي فله كذا ، فدله من المال في يده ، لم يستحق شيئاً ، لان ذلك واجب عليه شرعاً ، فلا يأخذ عليه عوضاً . وإن كان في يد غيره ، فدله عليه ، استحق ، لان القالب أنه يلحقه مشقة بالبحث عنه . وما يعتبر في العمل لجواز الاجارة ، يعتبر في الجمالة ، سوى كونه معلوماً .

قلت : فمن ذلك أنه لو قال : من أخبرني بكذا ، فأخبره به إنسان ، فلا شيء له ، لانه لا يحتاج فيه إلى عمل ، كذا صرح به البغوي وغيره . والله أعلم

الوكن الرابع : الجمل المشروط ، وشرطه أن يكون معلوماً كالأجرة ، لعدم الضرورة إلى جهالته . فان شرط مجهولاً ، بأن قال : من رد آبقى فله ثوب أو دابة ، أو إن رددته فعلي أن أرضيك أو أعطيك شيئاً ، فسد العقد . وإذا رد ، استحق أجرة المثل ، وكذا لو جمل الجمل خمرأ أو خنزيراً . ولو جمل الجمل ثوباً منصوباً ، قال الامام : يحتمل أن يكون فيه قولان كما لو جمل المنصوب صداقاً ، فيرجع في قول بأجرة المثل ، وفي قول بقيمة المسمى . قال : ويحتمل القطع بأجرة المثل . ولو قال : من رد عبدي فله سلبه أو ثيابه ، قال المتولي : إن كانت معلومة ، أو وصفها بما يفيد العلم ، استحق الراد المشروط ، وإلا ، فأجرة المثل . ولو قال : فله نصفه أو ربه ، فقد صححه المتولي ، ومنعه أبو الفرج السرخسي .

فصل

لو قال : من رد لي عبدي من بلد كذا فله دينار ، بني على الخلاف في صحة الجمالة في العمل المعلوم ، فان صححتها ، فمن رده من نصف الطريق ، استحق نصف

الجمل ، ومن رده من ثلثه ، استحق الثلث . وإن رده من مكان أبعد ، لم يستحق زيادة . ولو قال : من رد لي عبيد فله كذا ، فرد أحدهما ، استحق نصف الجمل . ولو قال : إن رددت عبيدي فلكما كذا ، فرد أحدهما ، استحق النصف ، لأنه لم يلتزم له أكثر من ذلك . وإن قال : إن رددت لي عبيد ، فرد أحدهما أحدهما ، استحق الربع .

فصل

قال : من رد عبيدي فله دينار ، فاشترك جماعة ، فالدينار مشترك بينهم . ولو قال للجماعة : إن رددتموه ، فردوه ، فكذاك ، ويقسم بينهم على الرؤوس . ولو قال لزيد : إن رددته فلك دينار ، فرد هو وغيره ، فلا شيء لذلك الغير ، لأنه لم يلتزم له . وأما زيد ، فإن قصد الغير معاوته إما بموضع وإما مجاناً ، فله تمام الجمل ، ولا شيء للغير على زيد ، إلا أن يلتزم له أجره ويستعين به . وإن قال : عملت للمالك ، لم يكن لزيد جميع الدينار ، بل له نصفه على الصحيح الذي قاله الأصحاب . ورأى الإمام التوزيع على العمل أرجح . ولو شاركه اثنان في الرد ، فإن قصدا إعانة زيد ، فله تمام الجمل ، وإن قصدا العمل للمالك ، فله ثلثه . وإن قصد أحدهما إعانته ، والآخر العمل للمالك ، فله الثلثان .

فان قيل : هل للمعامل المعين أن يوكل بالرد غيره كما يستعين به ؟ وهل إذا كان النداء عاماً يجوز أن يوكل من سمعه غيره في الرد ؟

قلنا : يشبه أن يكون الأول كتوكيل الوكيل ، والثاني كالتوكيل بالاحتطاب والاستقاء .

قلت : ولو قال : أول من يرد آقبى فله دينار ، فرده اثنان ، استحقا الدينار ،
وستأتي هذه المسألة إن شاء الله تعالى في آخر الطرف الثالث من الباب السادس في
تعليق الطلاق . والله أعلم

فرع

قال لرجل : إن رددته فلك كذا ، ولآخر: إن رددته فلك كذا ، ولثالث: إن
رددته فلك كذا ، فاشترکوا في الرد ، قال الشافعي رضي الله عنه : لكل واحد
ثلث ماجمل له ، اتفقت الأعمال أم اختلفت . قال المسعودي : هذا إذا عمل كل
منهم لنفسه . أما لو قال أحدهم : أعنت صاحبي وعملت لها ، فلا شيء له ، ولكل
منها نصف ماضط له . ولو قال اثنان : عملنا لصاحبنا ، فلا شيء لهما ، وله جميع
المشروط . وقول الشافعي رضي الله عنه : لكل واحد الثلث ، تصريح بالتوزيع
على الرؤوس ، فلو رده اثنان منهم ، فلكل منها نصف المشروط [له] ، وإن أعان
الثلاثة رابع في الرد ، فلا شيء له . ثم إن قال : قصدت العمل للمالك ، فلكل
واحد من الثلاثة ربع المشروط له . وإن قال : أعنتهم جميعاً ، فلكل واحد منهم
ثلث المشروط [له] كما لو لم يكن معهم غيرهم . وإن قال : أعنت فلاناً ، فله
نصف المشروط له ، ولكل واحد من الآخرين ربع المشروط له . وعلى هذا القياس
لو قال : أعنت فلاناً وفلاناً ، فلكل واحد منها ربع المشروط له وثمانه ، وللثالث
ربع المشروط له . ولو قال لواحد : إن رددته فلك دينار ، وقال لآخر : إن
رددته فلك ثوب ، فرداه ، فلأول نصف دينار ، وللثاني نصف أجرة الثوب .

قلت : ولو قال المعينُ للثلاثة مثلاً في الصورة السابقة : أردت أن آخذ العمل من المالك ، لم يستحق شيئاً ، وكان لكل من الثلاثة ربع المشروط له . والله أعلم

فصل في أحكام الجمالة

فمنها : الجواز ، فلكل واحد من المالك والعامل فسخها قبل تمام العمل ، فأما بعد تمام العمل ، فلا أثر للفسخ ، لأن الدين لزم . ثم إن اتفق الفسخ قبل الشروع في العمل ، فلا شيء للعامل . وإن كان بعده ، فإن فسخ العامل ، فلا شيء له ، لأنه امتنع باختياره ولم يحصل غرض المالك . وإن فسخ المالك ، فوجهان . أحدهما : لا شيء للعامل كما لو فسخ بنفسه . والصحيح ، أنه يستحق أجره المثل لما عمل ، وبهذا قطع الجمهور ، وعبروا عنه بأنه ليس له الفسخ حتى يضمن للعامل أجره مثل ما عمل . ولو عمل العامل شيئاً بعد الفسخ ، لم يستحق شيئاً إن علم بالفسخ . فإن لم يعلم ، بني على الخلاف في نفوذ عزل الوكيل في غيبته قبل علمه .

فرع

تتفسخ الجمالة بالموت ، ولا شيء للعامل لما عمله بعد موت المالك . فلو قطع بعض المسافة ، ثم مات المالك فردّه إلى وارثه ، استحق من المسمى بقدر عمله في الحياة .

فرع

ومن أحكامها : جواز الزيادة والنقص في العمل ، وتغير جنسه قبل الشروع في

العمل . فلو قال : من رد عبدي ، فله عشرة . ثم قال : من رده فله خمسة أو بالمكس ، فالاعتبار بالنداء الأخير . والمذكور فيه هو الذي يستحقه الراد ، لكن لو لم يسمع الراد النداء الأخير ، قال الغزالي : يحتمل أن يقال : يرجع إلى أجره المثل . وأما بعد الشروع في العمل ، ففي كلام صاحب « المذهب » وغيره تقييد جواز الزيادة والنقص بما قبل العمل ، وفي كلام الغزالي قبل الفراع . فالظاهر ، أنه في أثناء العمل يؤثر في الرجوع إلى أجره المثل ، لأن النداء الأخير فسخ للأول ، والفسخ في أثناء العمل يقتضي أجره المثل .

فرع

ومن أحكامها ، توقف استحقاق الجمل على تمام الجمل على تمام العمل . فلو سعى في طلب الآبق ، فردة فمات في باب دار المالك قبل أن يسلمه إليه ، أو هرب ، أو غضب ، أو تركه . العامل فرجع ، فلا شيء للعامل ، لأنه لم يرد . قلت : ومنه لو خاط نصف الثوب فاحترق ، أو تركه ، أو بنى بعض الحائط فانهدم ، أو تركه ، فلا شيء للعامل ، قاله أصحابنا . والله أعلم .

فرع

إذا رد الآبق ، لم يكن له حبسه لاستيفاء الجمل ، لأن الاستحقاق بالتسليم ، ولا حبس قبل الاستحقاق .

فرع

قال : إن علمتَ هذا الصبي ، أو إن علمتني القرآن ، فلك كذا ، فعلمته البعض ،

وامتنع من تعليم الباقي ، فلا شيء له ، وكذا إن كان الصبي بليداً لا يتعلم ، لأنه
كمن طلب البعد فلم يجده . ولو مات الصبي في أثناء التعليم ، [استحق أجره ما علمه ،
لوقوعه مسلماً بالتعليم ، بخلاف رد الآبق ، وإن منعه أبوه من التعلم] فله أجره
المثل لما علمه .

فصل

إذا جاء بآبق وطلب الجعل ، فقال المالك : ما شرطتُ جملاً ، أو شرطته على
عبد آخر ، أو ماسميت في رده بل هو جاء بنفسه ، فالقول قول المالك ، لأن
الأصل عدم الشرط وبرائه . ولو اختلفا في قدر المشروط ، تحالفاً ، وللعامل أجره
المثل . وكذا لو قال المالك : شرطته على رد عبيد ، فقال الراد : بل الذي
رددته فقط .

فرع

قال : من ردَّ عبيدي إلى شهر ، فله كذا ، قال القاضي أبو الطيب : لا يصح ، لأن
تقدير المدة يخلُ بمقصود العقد ، فربما لا يجده فيها فيضيع عمله ولا يحصل غرض
المالك ، كما لا يجوز تقدير مدة القراض .

فرع

قال : بع عبيدي هذا ، أو اعمل كذا ، ولك عشرة دراهم ، ففي بعض
التصانيف أنه إن كان العمل مضبوطاً مقدراً ، فهو إجارة . وإن احتاج إلى تردد ،
أو كان غير مضبوط ، فهو جمالة .

فرع

لم أجده مسطوراً

يدُ العامل على مايقع في يده إلى أن يردّه يدُ أمانة . فلو رفع يده عن الدابة وخلاها في مضیعة ، فهو تقصیر مضیّن ، ونفقة المبد والدابة مدة الرد ، يجوز أن تكون كما ذكرنا في مستأجر الجمال إذا هرب الجمال وخلاها عنده ، ويجوز أن يقال : ذاك للضرورة ، وهنا أثبت العامل يده مختاراً ، فليتكلف المؤنة ، ويؤيد هذا العادة .

قلت : عجب قول الامام الرافعي في نفقة المردود : لا أعلمه مسطوراً ، وأنه يحتمل أمرين ، وهذا قد ذكره القاضي ابن كج في كتابه « التجريد » وهو كثير النقل عنه ، فقال : إذا أنفق عليه الراد ، فهو متبرع عندنا . وهذا الذي قاله ، ظاهر جارٍ على القواعد . وقول الرافعي : وخلاها في مضیعة ، لاجابة إلى التقييد بالمضیعة ، فحيث خلاها ، يضمن . والله أعلم

فرع

قال : إن أخبرتي بخروج زيد من البلد ، فلك كذا ، فأخبره ، ففي « فتاوى القفال » : أنه إن كان له غرض في خروجه ، استحق ، وإلا ، فلا ، وهذا يقتضي كونه صادقاً ، وينبغي أن ينظر ، هل يناله تعب ، أم لا ؟

قلت : ومما يتعلق بالباب ، وتدعو إليه الحاجة ، ما ذكره القاضي حسين وغيره ، وهو مما لا خلاف فيه ، أنه لو كان رجلان في بادية ونحوها ، فرض أحدهما ، وعجز عن السير ، لزم

الآخرَ المقامُ معه ، إلا أن يخاف على نفسه ، فله تركه . وإذا أقام ، فلا أجرة له .
وإذا مات ، أخذ هذا الرجل ماله وأوصله إلى ورثته ، ولا يكون مضموناً ، قال
القاضي : وكذا لو غشي عليه ، قال : وأما وجوب أخذ هذا المال ، فإن كان
أميناً ، ففيه قولان كاللقطة . وعندني ، أن المذهب هنا الوجوب .

ومنها : ما ذكره ابن كج ، قال : إذا وجدنا عبداً أبقوا ، فاللذهب أن الحاكم
يجبسهم انتظاراً لصاحبهم . فإن لم ينجى لهم صاحب ، باعهم الحاكم وحفظ ثمنهم
فإذا جاء صاحبهم ، فليس له غير الثمن . وإذا سرق الآبق ، قُطع كغيره . والله أعلم

كتاب إحياء الموات

إحياء الموات مستحب ، وفيه ثلاثة أبواب .

[الباب الأول : في رقاب الأرضين ، وهي قسبان .

أحدهما : أرض بلاد الاسلام ، ولها ثلاثة أحوال .

أحدها : أن لا تكون معمورة في الحال ، ولا من قبل ، فيجوز تملكها بالأحياء ،

سواء أذن فيه الامام ، أم لا ، وبكفي فيه إذن رسول الله ﷺ في الأحاديث

المشهورة (١) ، ويختص ذلك بالمسلمين . فلو أحيها الذمي بغير إذن الامام ، لم يملك

قطاً ، ولو أحيأ باذنه ، لم يملك أيضاً على الأصح (٢) ، وقال الاستاذ أبوطاهر : يملك .

فاذا قلنا بالصحيح ، فكان له فيها عين مال ، نقلها . فان بقي بعد النقل أثر عمارة ،

قال ابن كج : إن أحياء رجل باذن الامام ، ملكه ، وإن لم يأذن ، فوجهان .

قلت : لعل أصحابها : الملك ، إذ لا أثر لفعل الذمي . والله أعلم

ولو ترك العمارة متبرعاً ، تولى الامام أخذ غلتها وصرفها في مصالح المسلمين ،

ولم يجز لأحد تملكها .

فرع

للذمي الاصطياد والاحتطاب والاحتشاش في دار الاسلام ، لأن ذلك يخلف ،

(١) منها قوله صلى الله عليه وسلم « من أحيأ أرضاً ميتة فهي له » رواه أحمد والترمذي من حديث

جابر رضي الله عنه ، ومنها قوله صلى الله عليه وسلم : « من عمر أرضاً ليست لأحد ، فهو أحق بها »

رواه أحمد والبخاري من حديث عائشة رضي الله عنها .

(٢) في نسخ الظاهرية : على الصحيح .

ولا يتضرر به المسلمون ، بخلاف الأرض ، وكذا للذمي نقل التراب من موات دار الاسلام إذا لم يتضرر به المسلمون .

فرع

المستأمن كالذمي في الاحياء وفي الاحتطاب ونحوه ، والحربي ممنوع من جميع ذلك .

الحال الثاني : أن تكون معمورة في الحال ، فهي للملأكها ، ولا مدخل فيها للاحياء .

الحال الثالث : أن لا تكون معمورة في الحال وكانت معمورة قبل ، فإن عُرف

مالكها ، فهي له أو لوارثه ، ولا تملك بالهارة . وإن لم يُعرف ، نظر ، إن كانت عمارة إسلامية ، فهي لمسلم أو لذمي ، وحكمها حكم الأموال الضائعة . قال الامام : والأمر فيه إلى رأي الامام . فإن رأى حفظه إلى أن يظهر مالكه ، فعل ، وإن رأى

ييمه وحفظ ثمنه ، فعل ، وله أن يستقرضه على بيت المال . هذا هو المذهب ، وفيه

خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى قريباً . وإن كانت عمارة جاهلية ، فقولان . ويقال :

وجهان . أحدهما : لا تملك بالاحياء ، لأنها ليست بموات . وأظهرهما : تملك كالركاز . وقال

ابن سريج وغيره : إن بقي أثر الهارة أو كان معموراً في جاهلية قريبة ، لم تملك

بالاحياء ، وإن اندرست بالكلية وتقادم عهدها ، مِلِكْتَ . ثم إن البغوي وآخرين

عمّموا هذا [الخلاف] ، وفرّعوا على المنع أنها إن أخذت بقتال فهي للغنائم ، وإلا ، فهي

أرض للقيء ، وقال الامام : موضع الخلاف إذا لم يُعلم كيفية استيلاء المسلمين عليه

ودخوله تحت يدهم ، فأما إن عُلِمَ ، فإن حصلت بقتال ، فللغنائم ، وإلا ، ففيه ،

وحصة الغنائم تلتحق بملك المسلم الذي لا يُعرف . وطرّد جماعة الخلاف ، فيما إذا

كانت الهارة إسلامية ولم يعرف مالكا، وقالوا : هي كلقطة لا يعرف مالكا. والجمهور فرقوا بين الجاهلية والإسلامية كما سبق .

القسم الثاني : أرض بلاد الكفار ، ولها ثلاثة أحوال .

أحدها : أن تكون معمورة، فلا مدخل للأحياء فيها ، بل هي كسائر أموالهم. فإذا استولينا عليها بقتال أو غيره ، لم يخف حكمه .

الحال الثاني : أن لا تكون معمورة في الحال ولا من قبل ، فيتملكها الكفار بالأحياء . وأما المسلمون، فينظر، إن كان موافقاً لا يذبون المسلمين عنه ، فلهم تملكه بالأحياء، ولا يملك بالاستيلاء، لأنه غير مملوك لهم حتى يملك عليهم . وإن ذبوا عنه المسلمين ، لم يملك بالأحياء كالمعمور من بلادهم . فإن استولينا عليه ، ففيه أوجه . أصحابها : أنه يفيد اختصاصاً كاختصاص التحجر ، لأن الاستيلاء أبلغ منه . وعلى هذا فسيأتي إن شاء الله تعالى خلاف في أن التحجر [هل] يفيد جواز البيع ؟ إن قلنا : نعم ، فهو غنيمة كالمعمور . وإن قلنا : لا ، وهو الأصح ، فالغنائم أحق بأحياء أربعة أخماسه ، وأهل الخمس أحق بأحياء خمسه . فإن أعرض الغنائم عن إحيائه ، فأهل الخمس أحق به . ولو أعرض بعض الغنائم ، فالباقون أحق . وإن تركه الغنائم وأهل الخمس جميعاً ، ملكه من أحياء من المسلمين .

قلت : في تصور إعراض اليتامى والساكين وابن السبيل ، إشكال ، فيصوّر في اليتامى أن أولياءهم لم يروا لهم حظاً في الأحياء ، ونحوه في الباقين .

والله أعلم

والوجه الثاني : أنهم يملكونه بالاستيلاء كالمعمور .

[الوجه الثالث] : لا يفيد ملكاً ولا اختصاصاً، بل هو كموات دار الإسلام، من

أحياء ملكه .

الحال الثالث : أن لاتكون معمورة في الحال وكانت معمورة ، فان عُرِف مالكها ، فكالمعمورة ، وإلا ، ففيه طريقة الخلاف وطريقة ابن سريج السابقتان في القسم الأول .

فرع

إذا فتحنا بلدة صلحا على أن تكون لنا ويسكنوا بحرية ، فالمعمور منها فيء ، ومواتها الذي كانوا يذبّون عنه ، هل يكون متحجراً لأهل الفيء ؟ وجهان . أصحابها : نعم . فعلى هذا ، هو فيء في الحال ، أم يُجبّسه الامام لهم ؟ وجهان . أصحابها : الثاني ، وإن صالحناهم على أن تكون البلدة لهم ، فالمعمور لهم ، والموات يختصون بأحيائه تبعاً للمعمور ، وعن القاضي أبي حامد وصاحب « التقریب » : أنه إنما يجب علينا الامتناع عن مواتها إذا شرطناه في الصلح ، والأول أصح .

فرع

قال البغوي : البيّسَع التي للنصارى في دار الاسلام ، لا تملك عليهم . فان فتنُوا ، فهو كما لو مات ذمي ولا وارث له ، فتكون فيثاً .

فرع (١)

حريم المعمور لا يملك بالأحياء ، لأن مالك المعمور يستحق مرافقه ، وهل نقول : إنه يملك تلك المواضع ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأن الملك بالأحياء ولم يحبسها ،

وأصحبها : نعم ، كما يملك عرصة الدار بيناء الدار ، ولأن الأحياء تارة [يكون]
بجمله معموراً ، وتارة بجمله تبعاً للمعمور . ولو باع حريم ملكه دون الملك ، لم يصح ،
قاله أبو عاصم ، كما لو باع شيرب الأرض وحده . قال : ولو حفر اثنان بئراً على
أن يكون نفس البئر لأحدهما وحريهما الآخر ، لم يصح ^(١) وكان الحريم لصاحب
البئر ، والآخر أجره عمله .

فرع

في بيان الحريم

وهو الموضع القريبة التي يحتاج إليها لتنام الانتفاع ، كالطريق ومسيل الماء ونحوهما ،
وفيه صور .

إحداها : ذكرنا في الحال الثالث : إذا صالحنا الكفار على بلدة ، لم يجز لإحياء
مواتها الذي يذبون عنه على الأصح ، فهو من حريم تلك البلدة ومراقفها .

الثانية : حريم القرى الحية : ما حولها من مجتمع أهل الناصي ، ومرتكض
الخليل ، ومناخ الابل ، ومطّرح الرماد والسماد ، وسائر ما يُعدّ من مراقفها . وأما
مرعى البهائم ، فقال الامام : إن بعد عن القرية ، لم يكن من حريمها . وإن قرب
ولم يستقل مرعى ، ولكن كانت البهائم ترعى فيه عند الخوف من الابعاد ، فمن الشيخ
أبي علي ، خلاف فيه ، والأصح عند الامام : أنه ليس بحريم . وأما ما يستقل
مرعى وهو قريب ، فينبغي أن يقطع بأنه حريم . وقال البغوي : مرعى البهائم
حريم للقرية مطلقاً .

(١) في نسخ الظاهرية : لم يجوز .

فرع

المختطب كالمرعى .

الثالثة : حريم الدار في الموات : مطرح التراب والرماد والكناسات والثلج ، والمر في الصوب الذي فُتح إليه الباب ، وليس المراد منه استحقاق المر في قبالة الباب على امتداد الموات ، بل يجوز لغيره إحياء ما في قبالة الباب إذا بقي المر له ، فان احتاج إلى انمطاف وازورار ، فعل .

فرع

عدّ جماعة منهم ابن كج فناء الدار من حريمها . وقال ابن الصباغ : عندي أن حيطان الدار لافناء لها ولا حريم . فلو أراد محي أن يني بجنبها ، لم يلزمه أن يبعد عن فنائها ، لكن يمنع مما يضر الحيطان كحفر بشر بقربها .

الرابعة : البئر المحفورة في الموات ، حريمها الموضع الذي يقف فيه النازح ، وموضع الدولاب ومتردد البهيمة إن كان الاستقاء بهما ، ومصب الماء ، والموضع الذي يجتمع فيه لسقي الماشية والزروع من حوض ونحوه ، والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه ، وكل ذلك غير محدود ، وإنما هو بحسب الحاجة ، كذا قاله الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم . وفي وجه : حريم البئر : قدر عمقها من كل جانب ، ولم ير الشافعي رضي الله عنه التحديد ، وحمل اختلاف روايات الحديث في التحديد ، على اختلاف القدر المحتاج إليه . وبهذا يقاس حريم النهر المحفور في الموات . وأما القناة ، فأبأرها لا يستقي منها حتى يعتبر به الحريم ، فحريمها : القدر الذي لو حفر فيه لنقص ماؤها ، أو خيف منه انهيار وانكباس ، ويختلف ذلك بصلابة الأرض ورخاوتها .

وفي وجه : أن حريمها حريم البشر التي يستقى منها ، ولا يُمنع من الحفر إذا جاوزه وإن نقص الماء ، وبهذا الوجه قطع الشيخ أبو حامد ومن تابعه . والقائلون به ، قالوا : لو جاء آخر وتنحى عن المواضع المعدودة حريماً ، وحفر بئراً ينقص ماء الأول ، لم يمنع منه ، وهو خارج عن حريم البشر . والأصح : أنه ليس لغیره الحفر حيث ينقص ماءها ، كما ليس لغیره التصرف قريباً من بنائه بما يضر به ، بخلاف ما إذا حفر بئراً في ملكه ، فحفر جاره بئراً في ملكه فنقص ماء الأول ، فانه يجوز . قال ابن الصباغ : والفرق أن الحفر في الموات ابتداء تملك ، فلا يمكن منه إذا تضرر الغير ، وهنا كل واحد متصرف في ملكه . وعلى هذا ، فذلك الموضع داخل في حريم البشر أيضاً . واعلم أن ما حكنا بكونه حريماً ، فذلك إذا انتهى الموات إليه . فان كان هناك ملك قبل تمام حد الحريم ، فالحریم إلى حيث ينتهي الموات .

فرع

كل ما ذكرناه في حريم الاملاك ، مفروض فيما إذا كان الملك محفوفاً بالموات ، أو متاخماً له من بعض الجوانب . فأما الدار الملاصقة للدار ، فلا حريم لها ، لأن الاملاك متعارضة ، وليس جمل موضع حريماً لدار ، أولى من جملة حريماً لأخرى ، وكل واحد من الملاك يتصرف في ملكه على العادة ، ولا ضمان عليه إن أفضى إلى تلف . فان تعدى ، ضمن . والقول في تصرف المالكين المتجاوزين بما يجوز وما لا يجوز ، وبماذا يتعلق الضمان ، منه ماسبق في كتاب الصلح ، ومنه ما سيأتي إن شاء الله تعالى في خلال الديات .

فرع

لو اتخذ داره المحفوفة بالمساكن حماماً ، أو اصطبلأ ، أو طاحونة ، أو حانوته في صف المطارين حانوت حداد أو قصار على خلاف العادة ، ففيه وجهان . أحدهما : يُمنع ، للاضرار . وأصحها : الجواز ، لأنه متصرف في خالص ملكه ، وفي منعه إضرار به . وهذا إذا احتاط وأحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده ، فإن فعل ما الغالب فيه ظهور الخلل في حيطان الجار ، فالأصح : المنع ، وذلك مثل أن يدق الشيء في داره دقاً عنيفاً تتزعزع (١) منه الحيطات ، أو حبس الماء في ملكه بحيث تنتشر منه الندواة إلى حيطان الجار . ولو اتخذ داره مدبغة ، أو حانوته مخبزة حيث لا يُعتاد ، فإن قلنا : لا يُمنع في الصورة السابقة ، فهنا أولى ، وإلا ففيه تردد للشيخ أبي محمد . واختار الروياني في كل هذا ، أن يجتهد الحاكم فيها ، ويمنع إن ظهر له التعتش وقصد الفساد . قال : وكذلك القول في إطالة البناء ومنع الشمس والقمر .

فرع

لو حفر في ملكه بئر بالوعة وفسد بها ماء بئر جاره ، فهو مكروه ، لكن لا يُمنع منه ، ولا ضمان عليه بسببه على الصحيح ، وخالف فيه القفال .

فرع

لا يُمنع من إحياء ما وراء الحرم ، قَرُب ، أم بعد ، وسواء أحياء أهل العمران ، أم غيرهم .

(١) في نسخ الظاهرية : تززع .

فرع

موات الحرم يملك بالاحياء، كما أن معموره يملك بالبيع والهبة. وهل تملك أرض عرفات بالاحياء كسائر البقاع، أم لا، لتعلق حق الوقوف بها ؟ وجهان . إن قلنا : تملك ، ففي بقاء حق الوقوف فيما ملك وجهان . إن قلنا : يبقى، فذاك مع اتساع الباقي ، أم بشرط ضيقه على الحجييج ؟ وجهان . واختار الغزالي ، الفرق بين أن يضيق الموقف فيمنع ، أو ، لا ، فلا . والأصح : المنع مطلقاً، وهو أشبه بالمذهب، وبه قطع المتولي ، وشبهها بما تعلق به حق المسلمين عموماً وخصوصاً ، كالمساجد والطرق والرباطات ، ومصلّى العيد خارج البلد .

قلت : وينبغي أن يكون الحكم في أرض منى ومزدلفة، كمرفات، لوجود المعنى .
والله أعلم

فصل

الشارع في إحياء الموات متحجّر ما لم يتمه، وكذا إذا أعلم عليه علامة للمعارة، من نصب أحجار ، أو غرز خشبات ، أو قصبات ، أو جمع تراب، أو خط خطوط، وذلك لا يفيد الملك، بل يجعله أحق به من غيره. وحكى ابن القطان وجهاً : أنه يملك به ، وهو شاذ ضيف ، والتفريع على الصحيح .

قلت : قال أصحابنا : إذا مات المتحجّر ، انتقل حقه إلى ورثته. ولو نقله إلى غيره ، صار الثاني أحق به . والله أعلم

وينبغي للمتجبر أن لا يزيد على قدر كفايته ، وأن لا يتجبر مالا يمكنه القيام بهمارته . فان خالف ، قال المتولي : فليمره أن يحمي مازاد على كفايته ، وما زاد على ما يمكنه عمارته . وقال غيره : لا يصح تجبره أصلاً ، لأن ذلك القدر غير متعين .

قلت : قول المتولي أقوى . والله أعلم

وينبغي أن يشتغل بالعمارة عقيب التجبر . فان طالت المدة ولم يحى ، قال له السلطان : أحي أو ارفع يدك عنه . فان ذكر عذراً واستمهل ، أمهله مدة قريبة يستعد فيها للعمارة . والنظر في تقديرها إلى رأي السلطان ، ولا تقدر بثلاثة أيام على الأصح ، فاذا مضت ولم يشتغل بالعمارة ، بطل حقه . وليس لطول المدة الواقعة بعد التجبر حد معين ، وإنما الرجوع فيه إلى العادة . قال الامام : وحق المتجبر يبطل بطول الزمان وتركه العمارة وإن لم يرفع الأمر إلى السلطان ولم يخاطبه بشيء ، لأن التجبر ذريعة إلى العمارة ، وهي لا تؤخر عن التجبر إلا بقدر تهيئة أسبابها ، ولهذا لا يصح تجبر من لا يقدر على تهيئة الأسباب ، كمن يتجبر ليعمر في السنة القابلة ، وكفقر يتجبر ليعمر إذا قدر ، فوجب إذا أخر وطال أن يعود موافقاً كما كان ، هذا كلام الامام . وحكى الشيخ أبو حامد مثله عن أبي إسحاق ، ثم قال : عندي أنه لا يبطل إلا بالرفع إلى السلطان ومخاطبته .

فرع

لو بادر أجنبي قبل أن يبطل حق التجبر ، فأحيا ماتجبره ، ملكه المحيي على الأصح المنصوص ، لأنه حقق سبب الملك وإن كان ظالماً ، كما لو دخل في سوم أخيه واشترى .

والثاني : لا يملك، لئلا يبطل حق غيره .

والثالث: أنه إن انضم إلى التحجر إقطاع السلطان ، لم يملك المحيي ، وإلا ، فيملك .
والرابع : إن أخذ التحجر في المارة ، لم يملك المبادر ، وإلا ، فيملك .
وشبهوا المسألة بالخلاف فيما إذا عشن الطائر في ملكه وأخذ الفرخ غيره ، هل يملكه؟
قلت : والأصح أيضاً أنه يملكه . وكذا لو توحد ظي في أرضه ، أو وقع الثلج فيها ، ونحو ذلك ، وقد سبقت مسائل تتعلق بهذا في كتاب الصيد . والله أعلم

فرع

لو باع المتحجر ما تحجره ، وقلنا بالصحيح : إنه لا يملك ، لم يصح بيعه عند الجمهور .
وقال أبو إسحاق وغيره : يصح ، وكأنه يبيع حق الاختصاص . وعلى هذا لو باع فأحياء في يد المشتري رجل ، وقلنا : يملك ، فهل يسقط الثمن ، أم لا ، لحصول التلف بعد القبض ؟ وجهان .

قلت : أصحها : الثاني . وإذا قلنا : لا يصح البيع ، فأحياء المشتري قبل الحكم بفسخ البيع ، فهل يكون له ، أم للبائع ؟ فيه وجهان حكاهما الشاشي ، والصحيح : الأول .
والله أعلم

فرع

لاقطاع الامام مدخل في الموات ، وفائدته مصير المقتطع أحق بأحيائه كالتحجر .

وإذا طالت المدة ، أو أحياء غيره ، فالحكم كما سبق في التحجير ، ولا يقطع إلا لمن يقدر على الأحياء ، وبقدر ما يقدر عليه .

فصل

في بيان الأحياء

قال الأصحاب : المعتبر ما يعدُّ إحياءً في العرف ، ويختلف باختلاف ما يقصد به . وتفصيله بمسائل .

إحداها : إذا أراد المسكن ، اشترط التحويط بالآجر أو اللبن أو الطين أو القصب أو الخشب بحسب العادة ، ويشترط أيضاً تسقيف البعض ونصب الباب على الصحيح فيها .

الثانية : إذا أراد زريبة للدواب ، أو حاضرة يجفف فيها الثمار أو يجمع فيها الحطب أو الحشيش ، اشترط التحويط ، ولا يكفي نصب سعف وأحجار من غير بناء ، لأن التملك لا يقتصر على مثله في العادة ، وإنما يفعله المجتاز . ولو حوط البناء في طرف ، واقتصر للباقي على نصب الأحجار والسهف ، حكى الامام عن القاضي ، أنه [يكفي] ، وعن شيخه : النع . ولا يشترط التسقيف هنا . وفي تعليق الباب ، الخلاف السابق .

الثالثة : إذا أراد مزرعة ، اشترط أمور .

أحدها : جمع التراب حواله لينفصل الحيا عن غيره . وفي معناه : نصب قصب وحجر وشوك ، ولا حاجة إلى التحويط . وقال الشيخ أبو حامد : عندي

إذا صارت الأرض مزرعة بما سيق إليها ، فقد تم الاحياء وإن لم يجمع التراب حولها .

الثاني : تسوية الأرض بطم المنخفض وكسح المستعلي وحرثها وتلين ترابها ، فإن لم يتيسر ذلك إلا بما يساق إليها ، فلا بد منه لتتأهل للزراعة .

الثالث : ترتيب ماء لها بشق ساقية من نهر ، أو بحفر بئر أو قناة وسقيها ، هل يشترط ذلك ؟ أطلق جماعة اشتراطه ، والأصح ما ذكره ابن كج وغيره : أن الأرض إن كانت بحيث يكفي لزراعتها ماء السماء ، لم يشترط السقي وترتيب ماء على الصحيح . وإن كانت تحتاج إلى ماء يساق إليها ، اشترط تهئية ماء من عين أو بئر أو غيرها . وإذا هيأه ، نظر ، إن حفر له الطريق ولم يبق إلا إجراء الماء ، كفى ، ولم يشترط الاجراء ، ولا سقي الأرض . وإن لم يحفر بعد ، فوجهان . وأما أرض الجبال التي لا يمكن سوق الماء إليها ولا بصيها إلا ماء السماء ، فقال صاحب « التقريب » ، إلى أنه لا مدخل للاحياء فيها ، وبه قال القفال وبنى عليه : أننا إذا وجدنا شيئاً من تلك الأرض في يد إنسان ، لم نحكم بأنه ملكه ، ولا نجوز بيعه وإجارته . ومن الأصحاب من قال : يملك بالحرث وجمع التراب على الأطراف ، واختاره القاضي حسين . ولا تشترط الزراعة ، لحصول الملك في المزرعة على الأصح ، لأنها استيفاء منفعة وهو خارج عن الاحياء ، وكما لا يشترط في الدار أن يسكنها .

[المسألة الرابعة: إذا أراد بستاناً أو كرمًا ، فلا بد من التحويط ، والرجوع فيما يحوط به إلى العادة ، قاله ابن كج . وقال : فإن كانت عادة البلد بناء جدار ، اشترط البناء . وإن كان عادتهم التحويط بالقصب والشوك وربما تركوه أيضاً كما في البصرة وقزوين ، اعتبرت عادتهم ، وحينئذ يكفي جمع التراب حوايه كالزراعة . والقول في سوق الماء إليه كما سبق في المزرعة . ويعتبر غرس الأشجار على المذهب ، وبه قطع الجمهور .

وقيل : لا يعتبر إذا لم يعتبر الزرع في المزرعة . والفرق على المذهب ، أن اسم المزرعة يقع على الأرض قبل الزرع ، بخلاف البستان قبل الفرس ، ولأن الفرس يدوم فألحق بأبنية الدار ، بخلاف الزرع .

فرع

طرق الأصحاب متفقة على أن الأحياء يختلف باختلاف ما يقصده المحيي من مسكن وحظيرة وغيرها . وذكر الامام شيئين .

أحدهما : أن الفصد إلى الأحياء هل يعتبر لحصول الملك ؟ فقال : ما لا يفعله في العادة إلا المملّك كبناء الدار واتخاذ البستان ، يفيد الملك وإن لم يوجد قصد . وما يفعله المملّك وغيره ، كحفر البئر في الموات ، وكزراعة قطعة من الموات اعتماداً على ماء السماء ، إن انضم إليه قصد ، أفاد الملك ، وإلا ، فوجهان . وما لا يكتفي به المملّك ، كتسوية موضع النزول ، وتنقيته عن الحجارة ، لا يفيد الملك . وإن قصده شبه ذلك بالاصطياد بنصب الأجولة في مدارج الصيود يفيد ملك الصيد . وإغلاق الباب إذا دخل الصيد الدار على قصد التملك ، يفيد الملك . ودونه وجهان . وتوحد الصيد في أرضه التي سقاها ، لا يفيد الملك وإن قصده .

الشيء الثاني : إذا قصد نوعاً وأتى بما يقصد به نوع آخر ، أفاد الملك ، حتى إذا حوّل البقعة يملكها وإن قصد المسكن ، لأنه مما يملك به الزرية لو قصدها . قال الامام الرافعي رحمه الله تعالى : أما الكلام الأول ، فمقبول لا يلزم [منه] مخالفة الأصحاب ، بل إن قصد شيئاً اعتبرنا في كل مقصود ما فصلوه ، وإلا ، نظرنا فيما أتى به وحكمنا بما ذكره . وأما الثاني ، فمخالفته لما ذكره الأصحاب صريحة ، لما فيه من الاكتفاء بأدنى المهارات أبداً .

فرع

إذا حفر بئراً في الموات للتملك ، لم يحصل الأحياء ما لم يصل إلى الماء . وإذا وصل ، كفى إن كانت الأرض صلبة ، وإلا ، فيشترط أن تطوى . وقال الامام : لا حاجة إليه . وفي حفر القناة ، يتم الأحياء بخروج الماء وجريانه . ولو حفر نهراً ليجري الماء فيه على قصد التملك ، فإذا انتهى رأس النهر الذي يحفره إلى النهر القديم ، وجرى الماء فيه ، ملكه ، كذا قاله البغوي وغيره . وفي « التتمة » : أن الملك لا يتوقف على إجراء الماء فيه ، لأنه استيفاء منفعة كالسكون في الدار .

قلت : هذا الثاني ، أقوى . والله أعلم

فصل

في الحمى

هو أن يحمي بقعة من الموات لمواشي بعينها ، ويمنع سائر الناس الرعي فيها ، وكان لرسول الله ﷺ أن يحمي خاصة نفسه ، ولكنه لم يفعله ﷺ ، وإنما حمى النقيع لأجل الصدقة ونعم الجزية وخيل المجاهدين .

قلت : النقيع بالنون عند الجمهور ، وهو الصواب . وقيل : بالباء الموحدة ، وبقية الفرقة بالباء قطعاً . والله أعلم

وأما غير رسول الله ﷺ ، فليس للأحاد الحمى قطعاً ، ولا الأئمة لأنفسهم ، وفي حكام لمصالح المسلمين ، قولان . أظهرهما : الجواز . وقيل : يجوز قطعاً . فإذا

جوزناه ، فهل يختص بالامام الأعظم ، أم يجوز أيضاً لولائه في النواحي ؟ وجهان
حكاهما ابن كج وغيره . أصحابها : الثاني . وسواء حمى لحيل المجاهدين ، أم لنعم
الجزية والصدقة ، والضوال ، ومال الضعفاء عن الإفساد في طلب النجاة ، ثم
لا يحمي إلا الأقل الذي لا يبين ضرره على الناس ولا يضيّق الأمر عليهم ، ثم
ما حماه رسول الله ﷺ ، نص ، فلا ينقض ولا يغير بحال ، هذا هو المذهب .
وقيل : إن بقيت الحاجة التي حمى لها ، لم يغير . وإن زالت ، فوجهان . أصحابها :
المنع ، لأنه تغيير المقطوع بصحته باجتهاد . وأما حمى غيره ﷺ ، فإذا ظهرت
المصلحة في تغييره ، جاز نقضه ورده إلى ما كان على الأظهر رعاية للمصلحة .
وفي قول : لا يجوز كالقبرة والمسجد . وقيل : يجوز للحامي نقض حماه ، ولا يجوز
لن بعده من الأئمة ، وإذا جوزنا نقضه ، فأحياء رجل باذن الامام ، ملكه وكان
الاذن في الأحياء نقضاً . وإن استقل المحيي ، فوجهان . ويقال : قولان منصوغان .
أصحابها : المنع ، لا فيه من الاعتراض على تصرف الامام وحكمه .

قلت : بقيت من الحمى مسائل مهمة .

منها : لو غرس أو بنى أو زرع في النقيع ، نقضت عمارته ، وقلع زرع
وغرسه ، ذكره القاضي أبو حامد في « جامعه » .

ومنها : أن الحمى ينبغي أن يكون عليه حفاظ من جهة الامام أو نائبه ، وأن يمنع
أهل القوة من إدخال مواشيهم ، ولا يمنع الضعفاء ، ويأمره الامام بالتلطف بالضعفاء
من أهل الماشية ، كما فعل عمر رضي الله عنه . قال القاضي أبو حامد : فإن كان
للإمام ماشية لنفسه ، لم يدخلها الحمى ، لأنه من أهل القوة . فأن فعل فقد
ظلم المسلمين .

ومنها : لو دخل الحمى من هو من أهل القوة ، فرعى ماشيته ، قال أبو حامد :

فلا شيء عليه ، ولا غرم ولا تعزير ، ولكن يمنع من الرعي ، ونقل ابن كج أيضاً عن نص الشافعي رضي الله عنه أنه لا غرم عليه ، وليس هذا مخالفاً لما ذكرناه في كتاب الحج ، أن من أتلف شيئاً من شجر النقيع أو حشيشه ضمنه على الأصح . ومنها : أن عامل الصدقات إذا كان يجمعها في بلد ، هل له أن يحمي موضعاً لا يتضرر به أهل البلد ليرعاها فيه ؟ قال أبو حامد : قيل : له ذلك ، ولم يذكر خلافه . وقال ابن كج : إن منعنا حمى الامام ، فذا أولى ، وإلا ، فقولان .

ومنها : لا يجوز للامام أن يحمي الماء الممد لشرب خيل الجهاد وإبل الصدقة والجزية وغيرها بلاخلاف ، ذكره الشيخ نصر في تهذيبه . قال أصحابنا : إذا حمى الامام ، وقائنا : لا يجوز حماه ، فهو على أصل الإباحة ، من أحياء ، ملكه .

ومنها : أنه يحرم على الامام وغيره من الولاة أن يأخذ من أصحاب المواشي عوضاً عن الرعي في الحمى أو الموات ، وهذا لاخلاف فيه ، وقد نص عليه الماوردي في الأحكام ، وقاله آخرون . والله أعلم

الباب الثاني

في المنافع المشتركة وغيرها

بقاع الأرض إما مملوكة ، وإما محبوسة على الحقوق العامة كالشوارع والمساجد والمقابر والرباطات ، وإما منفكة عن الحقوق العامة والخاصة ، وهي الموات . أما المملوكة ، فمنفعتا تتبع الرقبة . وأما الشوارع ، فمنفعتا الأصلية : الطرود . ويجوز الوقوف والجلوس فيها لغرض الاستراحة والمعاملة ونحوهما ، بشرط أن لا يضيّق على المارة ، سواء أذن فيه الامام ، أم لا ، وله أن يظلل على موضع جلوسه بما لا يضر بالمارة من ثوب وبارية ونحوها . وفي بناء الدّكة ، ما ذكرناه في كتاب الصلح . ولو سبق اثنان إلى موضع ، فهل يقرع بينهما ، أم يقدم الامام أحدهما ؟ وجهان .

أصحابها : الاول . وفي ثبوت هذا الارتفاق لأهل الذمة وجهان - كماها ابن كج ، وهل لاقطاع الامام فيه مدخل؟ وجهان . أصحابها عند الجمهور : نعم ، وهو المنصوص ، لأن له نظراً فيه ، ولهذا يزعم من أضر جلوسه . وأما تملك شي من ذلك ، فلا سبيل إليه بحال . وحكي وجه في « الرقم » للمبدي ، وشرح مختصر الجويني لابن طاهر ، أن للامام أن يملك من الشوارع ما فضل عن حاجة الطروق ، والمعروف الأول . قلت : وليس للامام ولا غيره من الولاة أن يأخذ ممن يرتفق بالجلوس والبيع ونحوه في الشوارع عوضاً بلا خلاف . والله أعلم

فرع

من جلس في موضع من الشارع ، ثم قام عنه ، إن كان جلوسه لاستراحة وشبهها ، بطل حقه . وإن كان لحرفة ومعاملة ، فإن فارقه على أن لا يعود لتركه الحرفة ، أو لعوده في موضع آخر ، بطل حقه أيضاً . وإن فارقه على أن يعود ، فالذهب ماضبطه الامام والغزالي : أنه إن مضى زمن ينقطع فيه الذين ألفوا معاملته ، بطل . وإن كان دونه ، فلا . وسواء فارق بمدر سفر ومرض ، أو بلا عذر ، فعلى هذا لا يبطل حقه بالرجوع في الليل إلى بيته ، وليس لغيره مزاحمته في اليوم الثاني ، وكذا الأسواق التي تقام في كل اسبوع ، أو في كل شهر مرة ، إذا اتخذ فيها مقعداً ، كان أحق به في النوبة الثانية . وقال الاصطخري : إذا رجع ليلاً ، فمن سبقه أحق . وقال طائفة منهم القاضي وابن الصباغ : إن جلس باقطاع الامام ، لم يبطل بقيامه . وإن استقل وترك فيه شيئاً من متاعه ، بقي حقه ، وإلا ، فلا . وإذا قلنا بالأول ، فأراد غيره الجلوس فيه مدة غيخته القصيرة إلى أن يعود ، فإن كان لغير معاملة ، لم يمنع قطعاً ، وإلا ، لم يمنع أيضاً على الأصح .

قلت : وإذا وضع الناس الأمتعة وآلات البناء ونحو ذلك في مسالك الأسواق والشوارع ارتفاعاً لينقلوها شيئاً بعد شيء ، منعوا منه إن أضر بالمارة إضراراً ظاهراً ، وإلا ، فلا ، ذكره الماوردي في « الأحكام السلطانية » . والله أعلم

فرع

يختص الجالس أيضاً بما حوله بقدر ما يحتاج إليه لوضع متاعه ووقوف معامليه ، وليس لغيره أن يقعد حيث يمنع رؤية متاعه أو وصول المعاملين إليه ، أو يضيق عليه الكيل أو الوزن والأخذ والعطاء .

قلت : وليس له منع من قعد لبيع مثل متاعه إذا لم يزاحمه فيما يختص به من المرافق المذكورة . والله أعلم

فرع

الجوال الذي يقعد كل يوم في موضع من السوق ، يبطل حقه بمفارقته .

فصل

وأما المسجد ، فالجلوس فيه يكون لأغراض .

منها : أن يجلس ليقرأ عليه القرآن أو الحديث أو الفقه ونحوها ، أو ليستفتى . قال أبو عاصم المبادي والغزالي : حكمه كقواعد الأسواق ، لأن له غرضاً في ملازمته ذلك الموضع ليألفه الناس . وقال الماوردي : متى قام بطل حقه وكان السابق أحق به ، والأول أشبه بما أخذ الباب .

قلت : هذا المنقول عن الماوردي ، حكاه في « الأحكام السلطانية » عن جمهور الفقهاء . وعن مالك رضي الله عنه : أنه أحق ، فمقتضى كلامه : أن الشافعي وأصحابه ، من الجمهور رضي الله عنهم . والله أعلم

ومنها : أن يجلس للصلاة ، فلا اختصاص له في صلاة أخرى . وأما الصلاة الحاضرة ، فهو أحق . فإن فارق بغير عذر ، بطل حقه فيها أيضاً . وإن كان بعذر ، فإن فارق لقضاء حاجة ، أو تجديد وضوء ، أو رعا ، أو إجابة داع ونحوها ، لم يبطل اختصاصه على الصحيح ، للحديث الصحيح ، أن رسول الله ﷺ قال : « إذا قام أحدكم من مجلسه في المسجد - فهو أحق به إذا عاد إليه ^(١) ، ولا فرق على الوجهين بين أن يترك إزاره ، أم لا ، ولا بين أن يطرأ العذر بعد الشروع في الصلاة ، أو قبله ، وإن اتسع الوقت .

ومنها : الجلوس للبيع والشراء والحرفة ، وهو ممنوع منه . قلت : ومنها : الجلوس للاعتكاف ، وينبغي أن يقال : به الاختصاص بموضعه ما لم يخرج من المسجد إن كان اعتكافاً مطلقاً . وإن نوى اعتكاف أيام ، فخرج لحاجة جائزة ، ففي بقاء اختصاصه إذا رجع احتمال ، والظاهر بقاءه ، ويحتمل أن يكون على الخلاف فيما إذا خرج المصلي لعذر .

ومنها : الجالس لاستماع الحديث والوعظ ، والظاهر أنه كالصلاة فلا يختص فيما سوى ذلك المجلس ولا فيه إن فارقه بلا عذر ، ويختص إن فارق بعذر على المختار . ويحتمل أن يقال : إن كان له عادة بالجلوس بقرب كبير المجلس ، وينتفع الحاضرون بقربه منه لعلهم ونحو ذلك ، دام اختصاصه في كل مجلس بكل حال .

(١) رواه أحمد في « المسند » ومسلم ، وأبو داود ، وابن ماجه ، والبخاري في « الادب المفرد » من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

وأما مجلس الفقيه في موضع معين حال تدريس المدرس في المدرسة أو المسجد ، فالظاهر فيه دوام الاختصاص ، لا طراد المرف ، وفيه احتمال . والله أعلم

فرع

يمنع الناس من استطراق حِلَقِ القُرَّاء والفقهاء في المسجد توقيراً لها .

فرع

قال الامام : لاشك في انقطاع تصرف الامام وإقطاعه عن بقاع المسجد ، فإن المساجد لله تعالى ، ويخذه شيطان .

أحدهما : ذكر الماوردي ، أن الترتب في المسجد للتدريس والفتوى كالترتب للامامة ، فلا يعتبر إذن الامام في مساجد الحال ، ويعتبر في الجوامع وكبار المساجد إذا كانت عادة البلد فيه الاستئذان ، فجعل لاذن الامام أثر .

الثاني : عد الشيخ أبو حامد وطائفة رحاب المسجد مع مقاعد الأسواق فيما يقطع للارتفاق بالجلوس فيه للبيع والشراء ، وهذا كما يقدح في نفي الاقطاع ، يخالف المعروف في المذهب في المنع من الجلوس في المسجد للبيع والشراء ، إلا أن يراد بالرحاب : الألفية الخارجة عن حد المسجد .

قلت : قال الماوردي في « الأحكام » : إن حريم الجوامع والمساجد ، إن كان الارتفاق به مضرراً بأهل المساجد ، منع منه ، ولم يجوز للسلطان الاذن فيه ، وإلا ، جاز . وهل يشترط فيه إذن السلطان ؟ وجهان . والله أعلم

فصل

الرباطات المسبلة في الطرق وعلى أطراف البلاد ، من سبق إلى موضع منها صار أحق به ، وليس لغيره إزعاجه ، سواء دخل باذن الامام ، أم بغيره ، ولا يبطل حقه بالخروج لشراء طعام ونحوه ، ولا يشترط تخليفه نائباً له في الموضع ، ولا أن يترك متاعه ، لأنه قد لا يجد أميناً . فان ازدحم اثنان ولا سبق ، فعلى ماسبق في مقاعد الأسواق ، وكذا الحكم في المدارس والخوانق إذا نزلها من هو [من] أهلها . وإذا سكن بيتاً منها مدة ، ثم غاب أياماً قليلة ، فهو أحق إذا عاد . وإن طالت غيبته ، بطل حقه .

قلت : والرجوع في الطول إلى العرف . ولو أراد غيره النزول فيه في مدة غيبة الأول على أن يفارقه إذا جاء الأول ، فينبغي أن يجوز قطعاً ، أو يكون على الوجهين السابقين في الموضع من الشارع . ويجوز لغير سكان المدرسة من الفقهاء والموام دخولها ، والجلوس فيها ، والشرب من مياهها ، والاتكاء والنوم فيها ، ودخول سقايته ، ونحو ذلك مما جرى العرف به . وأما سكنى غير الفقهاء في بيوتها ، فان كان فيه نص من الواقف بنفي أو إثبات ، اتبع ، وإلا ، فالظاهر منعه ، وفيه احتمال في بلد جرت به العادة . والله أعلم

فرع

النازلون في موضع من البادية ، أحق به وبما حواله بقدر ما يحتاجون إليه لمراقبتهم ، ولا يزاحمون في الوادي الذي سرحوا إليه مواشيهم ، إلا أن يكون فيه كفاية للجميع ، وإذا رحلوا ، بطل اختصاصهم وإن بقي أثر الفساطيط ونحوها .

قلت : ولو أرادت طائفة النزول في موضع من البادية للاستيطان ، قال الماوردي : إن كان نزولهم مضرراً بالسابلة ، منعهم السلطان قبل النزول أو بعده . وإن لم يضر ، راعى الأصلاح في نزولهم ومنعهم ونقل غيرهم إليها . فإن نزلوا بغير إذنه ، لم يمنعهم ، كما لا يمنع من أحيا مواتاً بغير إذنه ، ودبرهم بما يراه صلاحاً لهم ، وبيناهم عن إحداث زيادة إلا بإذنه . والله أعلم

فصل

المرتفق بالشارع والمساجد ، إذا طال مقامه هل يزعج ؟ وجهان . أصحها : لا ، لأنه أحد المرتفقين وقد سبق . والثاني : نعم . لتمييز المشترك من المملوك . وأما الرُّبُط الموقوفة ، فإن عين الواقف مدة المقام ، فلا مزيد عليها ، وكذا لو وقف على المسافرين . وإن أطلق الواقف ، نظر إلى الغرض الذي بنيت له ، وعمل بالمتاد فيه ، فلا يمكن من الإقامة في ربط المارة إلا لمصلحتها ، أو لخوف يمرض ، أو أمطار تتواتر ، وفي المدرسة الموقوفة على طلبة العلم ، يمكن من الإقامة إلى إتمام غرضه . فإن ترك التعلُّم والتحصيل ، أزعج . وفي الخانقاه ، لا يمكن هذا الضبط ، ففي الإزعاج إذا طال مقامه ماسبق في الشوارع .

الباب الثالث

في الاعيان الخارجة من الأرض

فيه طرفان .

[الطرف الأول] : في المادن ، وهي البقاع التي أودعها الله تعالى شيئاً من الجواهر المطلوبة ، وهي قسبان ، ظاهرة ، وباطنة .

فالظاهرة : هي التي يبدو جوهرها بلا عمل ، وإنما السعي والعمل لتحصيله .
ثم تحصيله قد يسهل ، وقد يكون فيه تعب ، وذلك كالتفقط وأحجار الرّحى ،
والبرام ، والكبريت ، والقطران ، والقار ، والمومياء ، وشبهها ، فلا يملكها أحد
بالأحياء والمهارة ، وإن زاد بها الثّيل . ولا يختص بها أيضاً المتحجر ، وليس للسلطان
إقطاعها ، بل هي مشتركة بين الناس كالمياه الجارية ، والكلا ، والخطب . ولو حوّل
رجل على هذه المعادن وبنى عليها داراً أو بستاناً ، لم يملك البقعة ، لفساد قصده .
وأشار في « الوسيط » إلى خلاف فيه . والمعروف ، الأول . وإذا ازدحم اثنان
على معدن ظاهر ، وضاق المكان ، فالسابق أولى . ثم قال الجمهور : يقدم بأخذ قدر
حاجته ، ولم يبينوا أنها حاجة يوم أو سنة . قال الامام : والرجوع فيه إلى العرف ،
فيأخذ ما تقتضيه العادة لأمثاله . وإذا أراد الزيادة على ما يقتضيه حق السبق ، فهل
يزعج ، أم يأخذ ما شاء ؟ وجهان . أصحابها عند الأصحاب : يزعج . فأما إذا جاء
معا ، فالأصح أنه يُقرع بينهما . والثاني : يجتهد الامام ويقدم من يراه أحوج وأحق .
والثالث : ينصب من يقسم الحاصل بينهما . وقال العراقيون : الأوجه فيما إذا كانا
يأخذان للحاجة . فإن كانا يأخذان للتجارة ، يهايا بينهما . فإن تشاحا في الابتداء ،
أقرع بينهما . والأشهر : إطلاق الأوجه . وعلى مقتضى قول العراقيين : إذا كان
أحدهما تاجراً والآخر محتاج ، يشبه أن يقدم المحتاج .

فرع

[من] المعادن الظاهرة ، الملح الذي ينمقد من الماء ، وكذا الجبلي إن كان
ظاهراً لا يحتاج إلى حفر وتنحية تراب ، والجص ، والمدر ، وأحجار النورة . وفي
بعض شروح « المفتاح » ، عُدّ الملح الجبلي من المعادن الباطنة . وفي « التهذيب » ،

عد الكحل والجص منها ، وهما محمولان على ما إذا أحوج إظهارهما إلى حفر . ولو كان بقرب الساحل بقعة ، لو حفرت وسبق الماء إليها ظهر فيها الملح ، فليست هي من المادن الظاهرة ، لأن المقصود منها يظهر بالعمل ، فللامام إقطاعها ، ومن حفرها وساق الماء إليها ، وظهر الملح ، ملكها كما لو أحيأ مواتاً .

القسم الثاني : المادن الباطنة ، وهي التي لا يظهر جوهرها إلا بالعمل والمعالجة ، كالذهب ، والفضة ، والفيروزج ، والياقوت ، والرصاص ، والنحاس ، والحديد ، وسائر الجواهر المبثوثة في طبقات الأرض . وتردد الشيخ أبو محمد ، في أن حجر الحديد ونحوه ، من الباطنة ، أم الظاهرة ، لأن ما فيها من الجوهر بادٍ ؛ والمذهب أنه باطن ، لأن الحديد لا يستخرج منه إلا بعلاج ، وليس البادي على الحجر عين الحديد ، وإنما هو في مخيلته . ولو أظهر السيل قطعة ذهب ، أو أتى بها ، التحقت بالمادن الظاهرة . إذا ثبت هذا ، فالمادن الباطن هل يملك بالحفر والعمل ؟ قولان ، لتردده بين الموات والمعدن الظاهر ، أظهرهما : لا ، رجحه الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم . فإن قلنا : يملك ، فذاك إذا قصد التملك وحفر حتى ظهر الثيل . فأما قبل الظهور ، فهو كالمتحجر ، وهذا كما إذا حفر بئراً في الموات على قصد التملك ، ملكها إذا وصل إلى الماء . وإذا اتسع الحفر ولم يوجد الثيل إلا في الوسط ، أو في بعض الأطراف ، لم يقصر الملك على موضع الثيل ، بل يملك أيضاً مما حواليه مما يليق بحريمه ، وهو قدر ما يقف فيه الأعوان والدواب . ومن جاوز ذلك وحفر ، لم يمنع وإن وصل إلى العروق . ويجوز للسلطان أن يقطعه كالموات . وإن قلنا : لا يملك ، فالسابق إلى موضع منه أحق به ، لكن إذا طال مقامه ، ففي إزعاجه ما ذكرناه في المادن الظاهرة . وقيل : لا يزعج هنا قطعاً ، لأن هناك يمكن الأخذ دفعة فلا حاجة إلى الإطالة ، وهنا لا يحصل إلا بمشقة فقدم السابق . ولو ازدحم اثنان ، فعلى الأوجه التي هناك . وفي جواز إقطاعها على هذا القول ،

قولان . أحدهما : المنع كالمعادن الظاهرة . وأظهرهما : الجواز ، ولا يقطع إلا قدرأ يتأشئ للمقتلح العمل عليه والأخذ منه . وعلى القولين ، يجوز العمل في المعدن الباطن والأخذ منه بغير إذن الامام ، فانه إما كالمعدن الظاهر ، وإما كالنوات .

فرع

لو أحياء مواتاً ، ثم ظهر فيه معدن باطن ، ملكه بلا خلاف ، لأنه بالاحياء ملك الأرض بأجزائها إن لم يعلم بها معدناً . فان علم واتخذ عليه داراً ، فطريقان . أحدهما : على القولين السابقين . والثاني : القطع بالملك . وأما البقعة الحياء ، فقال الامام : ظاهر المذهب ، أنها لا تملك ، لأن المعدن لا يتخذ داراً ولا مزرعة ، فالقصد فاسد . وقيل : يملكها . وكأن ما ذكرناه من الخلاف في المعادن الظاهرة عن الوسيط ، مأخوذ من هذا .

فرع

مما يتفرع على القولين في المعدن الباطن ، أنه إذا عمل عليه في الجاهلية ، هل يملك ؟ وهل يجوز إقطاعه ؟ إن قلنا : يملك بالحفر والعمل ، فـمـو ملك للغامين ، وإلا ، ففي جواز إقطاعه القولان السابقان .

فرع

مالك المعدن الباطن ، لا يصح منه بيعه على الصحيح ، لأن مقصوده الثيل ، وهو متفرق في طبقات الأرض ، مجهول القدر والصفة ، فهو كببيع قدر مجموع من تراب

المعدن وفيه النّيل، وهو باطل . وحكى الامام وجهاً في جوازه ، لأن المبيع رقبة المعدن والنّيل فائده .

فرع

لو تملك معدناً باطناً ، فجاء غيره واستخرج منه نَيْلاً بغير إذنه ، لزمه رده ، ولا أجرة له . ولو قال المالك : اعمل فيه واستخرج النّيل لي ، ففعل ، ففي استحقاقه الأجرة الخلاف فيمن قال : اغسل ثوبي فغسل . ولو قال : اعمل فما استخرجته فهو لك ، أو قال : استخرج لنفسك ، فالحاصل للمالك المعدن ، لأنه هبة مجهول . وكان يمكن تشبيهه باباحة ثمار البستان ، ولكن المنقول الأول . وفي استحقاقه الأجرة ، وجهان ، لكونه عمل لنفسه ، لكن لم يقع له ، ولا هو متبرع ، وبذبتها قال ابن سريج .

قلت : ثبوتها أصح . والله أعلم

ولو قال : اعمل فما استخرجته فهو بيننا مناصفة ، أو قال : فلك منه عشرة دراهم ، لم يصح ، لأن الأول أجرة مجهولة ، والثاني : قد لا يحصل هذا القدر .

الطرف الثاني : في المياه ، وهي قسنان .

أحدهما : المباحة النابعة في موضع لا يختص بأحد ، ولا صنّع للآدميين في إنباطه وإجرائه كالفرات وجيحون ومائير أودية العالم والعيون في الجبال وسيول الأمطار ، فالناس فيها سواء ، فإن حضر اثنان فصاعداً ، أخذ كل ما شاء . فإن قلّ الماء أو ضاق المشرع ، قدّم السابق . فإن جاء معاً ، أقرع . وإن أراد واحد السقي وهناك محتاج للشرب ، فالشارب أولى . قاله التولي ، ومن أخذ منه شيئاً في إناء أو جملة في حوض ، ملكه ولم يكن لغيره مزاحمة فيه ، كما لو احتطب . وفي « النهاية »

وجه : أنه لا يملكه ، لكنه أولى به من غيره . والصحيح : الأول ، وبه قطع الجمهور . وإن دخل شيء منه ملك لإنسان بسبيل ، فليس لغيره أخذه مادام فيه ، لامتناع دخول ملكه بغير إذنه . فلو فعل ، فهل يملكه ، أم للمالك استرداده ؟ وجهان . أصحها : الأول . فإذا خرج من أرضه ، أخذه من شاء .

فرع

إذا أراد قوم سقي أرضيهم من مثل هذا الماء ، فإن كان النهر عظيماً بقي بالجميع ، سقى من شاء متى شاء . وإن كان صغيراً ، أو كان الماء يجري من النهر العظيم في ساقية غير مملوكة ، بأن انخرقت بنفسها ، سقى الأول أرضه ، ثم يرسله إلى الثاني ، ثم الثاني إلى الثالث . وكل يحبس الماء في أرضه ؟ وجهان ، الذي عليه الجمهور : أنه يحبس حتى يبلغ الكمين . والثاني : يرجع في قدر السقي إلى العادة والحاجة . وقد قال الماوردي : ليس التقدير بالكمين في كل الأزمان والبلدان ، لأنه مقدر بالحاجة ، والحاجة تختلف باختلاف الأرض ، وباختلاف ما فيها [من] زرع وشجر ، وبوقت الزراعة ، ووقت السقي . وحكي وجه عن الداركي : أن الأعلى لا يقدم على الأسفل ، لكن يسقون بالحصص ، وهذا غريب باطل . ولو كانت أرض الأعلى بعضها مرتفعاً ، وبعضها منخفضاً ، ولو سقيها معاً ل زاد الماء في المنخفضة على الحد المستحق ، أفرد كل بمض بالسقي بما هو طريقه .

قلت : طريقه أن يسقي المنخفض حتى يبلغ الكمين ، ثم يسده ، ثم يسقي المرتفع . والله أعلم

وإذا سقى الأول، ثم احتاج إلى السقي مرة أخرى، مُكَيِّنَ منه على الصحيح
فلو تنازع اثنان أرضهما متحاذيتان ، أو أرادا شق النهر من موضعين متحاذيين
يميناً وشمالاً ، فهل يقرع ، أو يقسم بينهما ، أو يقدم الامام مَنْ يراه ؟ فيه ثلاثة
أوجه حكاه المبادي .

قلت : أصحابها : يقرع . والله أعلم

ولو أراد رجل إحياء موات وسقّيه من هذا النهر ، نظر ، إن ضيق على
السابقين ، مُنِعَ، لانهم استحقوا أرضهم بمراقفها ، والماء من أعظم مراقفها ، وإلا ،
فلا منع .

فرع

عمارة حافات هذه الانهار، من وظائف بيت المال .

فرع

يجوز أن يبنى عليها من شاء قنطرة لعبور الناس إن كان الموضع مواتاً . وأما
[ما] بين العمران ، فهو كحفر البئر في الشارع لمصلحة المسلمين . ويجوز بناء
الرحى عليها إن كان الموضع ملكاً له أو مواتاً محضاً . وإن كانت بين الارض
الملوكة ، وتضرر الملاك ، لم يجوز ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : المنع كالتصرف
في سائر مرافق العمارات . وأصحابها : الجواز ، كاشراع الجناح في السكة النافذة .

فصل

هذا الذي سبق ، إذا لم تكن الانهار والسواقي مملوكة . أما إذا كانت مملوكة ،
بأن حفر نهراً يدخل فيه الماء من الوادي العظيم ، أو من النهر المنخرق منه ،
فالماء باقٍ على إباحته ، لكن مالك النهر أحق به كالسيل يدخل ملكه ، فليس
لأحد مزاحمته لسقي الارضين . وأما للشرب والاستعمال وسقي الدواب ، فقال
الشيخ أبو عاصم والمتولي : ليس له المنع ، ومنهم من أطلق أنه لا يبدل أحد فيه
دلواً ، ويجوز لغيره أن يحفر فوق نهره نهراً إن لم يضيق عليه . وإن ضيق ، فلا ،
فإن اشترك جماعة في الحفر ، اشتركوا في الملك على قدر عملهم ، فإن شرطوا أن
يكون النهر بينهم على قدر ملكهم من الأرض ، فليكن عمل كل واحد على قدر
أرضه . فإن زاد واحد متطوعاً ، فلا شيء له على الباقيين . وإن زاد مكرهاً ، أو
شرطوا له عوضاً ، رجع عليهم بأجرة ما زاد ، وليس للأعلى حبس الماء على الأسفل ،
بخلاف ما إذا لم يكن النهر مملوكاً . وإذا اقتسموا الماء بالأيام والساعات ، جاز ،
ولكل واحد الرجوع [متى شاء] ، لكن لو رجع بعدما استوفى نوبته وقبل أن
يستوفي الشريك ، ضمن له أجرة مثل نصيبه من النهر للمدة التي أجرى فيها الماء .
وإن اقتسموا الماء نفسه ، فعلى ما سنذكره في القناة المشتركة . ولو أرادوا قسمة
النهر وكان عريضاً ، جاز ، ولا يجري فيها الإجبار كما في الجدار الحائل . ولو أراد
الشركاء الذين أرضهم أسفل توسيع فم النهر ، إلا يقصر الماء عنهم ، لم يجز إلا برضى
الاولين ، لأن تصرف الشريك في المشترك لا يجوز إلا برضى الشريك ، ولأنهم قد
يتضررون بكثرة الماء . وكذا لا يجوز للأولين تضيق فم النهر إلا برضى الآخرين ،
وليس لأحد منهم بناء قنطرة أو رعى عليه ، ولا غرس شجرة على حافته إلا برضى

الشركاء . ولو أراد أحدهم تقديم رأس الساقية التي يجري فيها الماء إلى أرضه ، أو تأخيرها ، لم يجوز ، بخلاف ما لو قدم باب داره إلى رأس السكة المنسدة ، لأنه يتصرف هناك في الجدار المملوك ، وهنا في الحافة المشتركة . ولو كان لأحدهم ماء في أعلى النهر ، فأجراه في النهر المشترك برضى الشركاء ليأخذه من الأسفل ويسقي به أرضه ، فلم يرجع متى شاؤوا ، لأنه عارية ، وتنقية هذا النهر وعمارته يقوم بها الشركاء بحسب الملك . وهل على كل واحد عمارة الموضع المتسفل عن أرضه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، وبه قطع ابن الصباغ ، لأن المنفعة فيه للباقيين . والثاني : نعم ، وهو الأصح عند المبادي ، لاشتراكهم واتفاقهم به .

فرع

كل أرض أمكن سقيها من هذا النهر ، إذا رأينا لها ساقية منه ولم نجد لها شرباً من موضع آخر ، حكمتنا عند التنازع بأن لها شرباً منه . ولو تنازع الشركاء في النهر في قدر أنصابتهم ، فهل يجعل على قدر الأرضين لأن الظاهر أن الشركة بحسب الملك ، أم بالسوية لأنه في أيديهم ؟ وجهان ، وبالأول قال الاصطخري رحمه الله تعالى .

قلت : هو أصحابها . والله أعلم

فرع

لو صادفنا نهراً تُسقى منه أرضون ، ولم ندر أنه حفر أم انخرق ، حكمتنا بأنه

مملوك ، لانهم أصحاب يد وانتفاع ، فلا يقدم بعضهم على بعض . وأكثر هذه المسائل يشتمل عليها كتاب « المياه » للعبادي رحمه الله تعالى .

القسم الثاني : المياه المختصة ببعض الناس ، وهي مياه الآبار والقنوات .
واعلم أن البئر بتصور حفرها على أوجه . أحدها : الحفر في المنازل للمارة .
والثاني : الحفر في الموات على قصد الارتفاق لا للتملك ، كمن ينزل في الموات فيحفر للشرب وسقي الدواب . والثالث : الحفر بنية التملك . والرابع : الحفر الخالي عن هذه القُصود . فأما المحفورة للمارة ، فمأواها مشترك بينهم ، والحافر كأخدم ، ويجوز الاستقاء منها للشرب ، وسقي الزروع ، فإن ضاق عنها ، فالشرب أولى . وأما المحفورة للارتفاق دون التملك ، فالحافر أولى بمائها إلى أن يرتحل ، لكن ليس له منع ما فضل عنه عن محتاج إليه للشرب إذا استقى بدلو نفسه ، ولا منع مواشيه ، وله منع غيره من سقي الزرع به . وفيه احتمال للإمام ، لأنه لم يملكه ، والاختصاص يكون بقدر الحاجة ، وبهذا قطع التولي ، فحصل وجهان .

قلت : الأول هو الصحيح المعروف . والله أعلم

ويعتبر في الفاضل الذي يجب بذله ، أن يفضل عن نفسه وماشيته وزرعه . قال الامام : وفي المزارع احتمال على بُعد .
قلت : المراد : الفاضل الذي يجب بذله لماشية غيره . أما الواجب بذله لعطش آدمي محترم ، فلا يشترط فيه أن يفضل عن المزارع والماشية . والله أعلم

وإذا ارتحل المرتفق ، صارت البئر كالمحفورة للمارة ، فإن عاد ، فهو كغيره .
وأما المحفورة للتملك وفي ملك ، فهل يكون مأواها مُلكاً ؟ وجهان . أصحابها : نعم ، وبه قال ابن أبي هريرة ، وهو المنصوص في القديم ، وحرملة ، لأنه نماء ملكه ،

كالثمرة واللبن ، ويجري الخلاف فيما إذا انفجرت عين في ملكه . فان قلنا : لا يملك ، فنبع وخرج منه ، ملكه من أخذه . وإن قلنا بالأصح : لا يملكه الآخذ ، ولو دخل رجل ملكه وأخذه ، ففي ملكه الوجهان . وسواء قلنا : يملك ، أم لا ، فلا يجب على صاحب البئر بذل الفاضل عن حاجته لزرع غيره على الصحيح ، ويجب بذله للماشية على الصحيح . والوجوب شروط . أحدها : أن لا يجد صاحب الماشية ماءً مباحاً . والثاني : أن يكون هناك كلاً يُرعى ، وإلا ، فلا يجب على المذهب . وقال المتولي : فيه وجهان . الثالث : أن يكون الماء في مستقره ، فأما الماء الموجود في إناء ، فلا يجب بذل فضله على الصحيح . ثم عابرو السبيل ، يُبذل لهم ولو اشيهم . وفيمن أراد الإقامة في الموضع وجهان ، لأنه لا ضرورة [به] إلى الإقامة .

قلت : الأصح : الوجوب كغيره . وإذا وجب البذل ، مكّن الماشية من حضور البئر بشرط أن لا يكون على صاحب الماء ضرر في زرع ولا ماشية . فان لحقه ضرر بورودها ، منعت ، لكن يجوز للرعاة استقاء فضل الماء لها ، قاله الماوردي .

والله أعلم

وهل يجب البذل للرعاة كما يجب للماشية ؟ وجهان حكاهما ابن كج . أحدهما : يجب ، لأن البذل لسقاة الناس رعاة كانوا أو غيرهم ، أولى من البذل للماشية ، على أن الامام تقل في المنع من الشرب على الإطلاق وجهان إذا قلنا : يملك . وإذا أوجبنا البذل ، هل يجوز أن يأخذ عليه عوضاً كاطعام المضطر ؟ وجهان ، الصحيح : لا ، للحديث [الصحيح] ان النبي ﷺ نهى عن بيع فضل الماء (١) .

قلت : قال الماوردي : لو كان هناك ماءان يملوكان لرجلين ، لزما البذل . فان اكتفت الماشية ببذل أحدهما ، سقط الفرض عن الآخر ، قال : وإذا لم توجد شروط

(١) روى مسلم في « صحيحه » عن جابر رضي الله عنه قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن

وجوب البذل ، جاز للمالكه أخذ ثمنه إذا باعه مقدراً بكيل أو وزن ، ولا يجوز
بيعه مقدراً بريّ الماشية ولا الزرع . والله أعلم

وأما المحفورة بلا قصد ، ففيها وجهان . أصحابها : لا اختصاص له بمائها، والناس
كلهم فيه سواء . والثاني : يختص بقدر حاجته ، كما أن الأحياء يفيد الملك وإن
لم يقصده .

فصل

حكم القنوات حكم الآبار في ملك مياهاها وفي وجوب البذل وغيرها ، إلا أن
حفرها لجرد الارتفاق لا يكاد يقع . ومتى اشترك المملكون في الحفر ، اشتركوا
في الملك بحسب اشتراكهم في العمل أو الارتفاق كما ذكرنا في النهر المملوك ، ثم
لهم قسمة الماء بأن تُنصب خشبة مستوية الأعلى والأسفل في عرض النهر ، ويفتح
فيها ثقب متساوية ، أو متفاوتة على قدر حقوقهم ، ويجوز أن تكون الثقب متساوية
مع تفاوت الحقوق ، إلا أن صاحب الثلث يأخذ ثقبه ، والآخر ثقبين ، ويسوق كل
واحد نصيبه في ساقية إلى أرضه، وله أن يدير رحى بما صار له، ولا يشق أحد منهم
ساقية قبل المقسم، ولا ينصب عليه رحى ، وإن اقتسموا بالمهاياة، جاز أيضاً. وقد يكون
الماء قليلاً لا ينتفع به إلا كذلك ، ولكل واحد الرجوع كما ذكرنا في البئر ، هذا
هو الصحيح المعروف . وقيل : تانم المهاياة ليشق كل واحد بالانتفاع . وقيل :
لا تصح القسمة بالمهاياة ، لأن الماء يقل ويكثر ، وتختلف فائدة السقي بالأيام .
قلت : لو أراد أحدهم أن يأخذ نصيبه من الماء ويسقي به أرضاً ليس لها رسم
شرب من هذا النهر، مُنْع منه، لأنه يجعل شرباً لم يكن . والله أعلم

فرع

الذين يسقون أرضهم من الأودية المباحة ، لو تراضوا بمياهه ، وجعلوا للأولين أياماً ، وللآخرين أياماً ، فهذه مساحة من الاولين بتقدم الآخرين ، وليست بلازمة والظاهر : أن من رجع من الاولين ، مُكّن من سقي أرضه .

فصل

في بيع الماء

أما المحرز في إناء أو حوض ، فبيعه صحيح على الصحيح ، وقد سبق فيه الوجه ، وليكن عمق الحوض معلوماً ، ولا يجوز بيع ماء البئر والقناة فيها ، لأنه مجهول ، ويزيد شيئاً فشيئاً فيختلط فيتمدّر التسليم . وإن باع منه آصاً ، فإن كان جارياً ، لم يصح ، إذ لا يمكن ربط العقد بمقدار . وإن كان راكداً وقلنا : إنه غير مملوك ، لم يصح . وإن قلنا : مملوك ، فقال القفال : لا يصح أيضاً ، لأنه يزيد فيختلط المبيع . والاصح : الجواز كبيع صاع من صبرة . وأما الزيادة ، فقليلة ، فلا تضر ، كما لو باع القت في الأرض بشرط القطع ، وكما لو باع صاعاً من صبرة وصب عليها صبرة أخرى ، فإن البيع بحاله ، ويبقى المبيع ما بقي صاع من الصبرة . ولو باع الماء مع قراره ، نظر ، إن كان جارياً فقال : بتك هذه القناة مع مائها ، أو إن لم يكن جارياً وقلنا : إن الماء لا يملك ، لم يصح البيع في الماء ، وفي القرار قولاً تفريق الصفة ، وإلا ، فيصح . ولو باع بئر الماء وأطلق ، أو باع داراً فيها بئر ماء ، جاز . ثم إن قلنا : يملك ، فالوجود حال البيع يبقى للبائع ، وما يحدث ، للمشتري . قال البغوي : وعلى هذا لا يصح البيع حتى يشترط أن الماء الظاهر المشتري ، أثلاً يختلط الماءان . وإن قلنا : لا يملك ،

فقد أطلقوا أن المشتري أحق بذلك الماء . وليحمل على ما نبع بعد البيع ، فأما ما نبع قبله ، فلا معنى لصرفه إلى المشتري .

قلت : هذا التأويل الذي قاله الامام الرافعي فاسد ، فقد صرح الأصحاب بأن المشتري على هذا الوجه أحق بالماء الظاهر ، لثبوت يده على الدار ، وتكون يده كيد البائع في ثبوت الاختصاص [به] . والله أعلم

ولو باع جزءاً شائعاً من البئر أو القناة ، جاز ، وما يبيع مشترك بينها ، إما اختصاصاً مجرداً ، وإما ملكاً .

فرع

سقى أرضه بماء مملوك لغيره ، فالغلّة لصاحب البذر وعليه قيمة الماء . ولو استحل صاحب الماء ، كان الطعام أطيب .

قلت : وما يتعلق بالكتاب ، مذكّره صاحب « العدة » : أنه لو أضرم ناراً في حطب مباح بالصحرَاء ، لم يكن له منع من يتنفع بتلك النار ، فلو جمع الحطب ، ملكه ، فإذا أضرم فيه النار ، فله منع غيره منها . والله أعلم

كتاب الوقف

فيه بابان .

[الباب الأول : في أركانه وشروطه ، وفيه طرفان .

[الطوف] الأول : في أركانه ، وهي أربعة .

[الركن] الأول : الواقف، ويشترط كونه صحيح العبرة، أهلاً للتبرع .

الركن الثاني : الموقوف، وهو كل عين معينة مملوكة ملكاً يقبل النقل يحصل منها فائدة أو منفعة تستأجر لها . احترزنا بالعين ، حق المنفعة ، وعن الوقف ، الملتزم في الذمة ، وبالمدينة ، عن وقف أحد عبديه ، وبالمملوكة ، عملاً لا يملك ، وبقبول النقل ، عن أم الولد والملاهي . وأردنا بالفائدة : الثمرة واللبن ونحوها ، وبالمنفعة : السكنى واللبس ونحوها . وقولنا : تستأجر لها ، احتراز من الطعام ونحوه . ونوضحه بمسائل . إحداها : يجوز وقف المقار والمنقول ، كالعبيد ، والثياب ، والدواب ، والسلاح ، والمصاحف ، والكتب ، سواء المقسوم والمشاع ، كنصف دار ونصف عبد ، ولا يبري الوقف من نصف إلى نصف .

فرع

وقف نصف عبد ، ثم أعتق النصف الآخر ، لم يمتق الموقوف .

الثانية : يجوز [وقف] ما يراد لعين تستفاد منه ، كالأشجار للثمار ، والحيوان للبن والصوف والوبر والبيض ، وما يراد لمنفعة تستوفى منه ، كالدار ، والأرض .

ولا يشترط حصول المنفعة والفائدة في الحال ، بل يجوز وقف العبد والجحش الصغيرين ، والزمن الذي يرجى زوال زمامته ، كما يجوز نكاح الرضيعة .
الثالثة : لا يصح وقف الحر نفسه ، لأن رقبته غير مملوكة ، وكذلك مالك منافع الأموال دون رقابها ، لا يصح وقفه إياها ، سواء ملك مؤقتاً ، كالمستأجر ، أم مؤبداً ، كما وصى له بالمنفعة .

الرابعة : لا يصح وقف أم الولد على الأصح . فإن صححنا فمات السيد ، عتقت . قال المتولي : لا يبطل الوقف ، بل تبقى منافعها للموقوف عليه ، كما لو أجزأها ومات . وقال الامام : تبطل ، لأن الحرية تنافي الوقف ، بخلاف الاجارة ، وهذا مقتضى كلام ابن كج ، ويجري الوجهان في صحة وقف الكاتب ، وبصح وقف المملق عتقه بصفة . فإذا وجدت الصفة ، فإن قلنا : الملك في الوقف الواقف ، أو لله تعالى ، عتق وبطل الوقف . وإن قلنا : للموقوف عليه ، لم يمتق ويبقى الوقف بحاله . ويجوز وقف المدبر ، ثم هو رجوع إن قلنا : التدبير وصية ، فإن قلنا : تمليك بصفة ، فهو كالمملق عتقه .
الخامسة : لا يصح وقف الكلب المملك على الأصح . وقيل : لا يصح قطعاً ، لانه غير مملوك .

السادسة : في وقف الدرام والدنانير وجهان ، كاجارتها ، إن جوزناها ، صح الوقف لتكرى ، وبصح وقف الحلي لفرض اللبس . وحكى الامام أنهم ألحقوا الدرام ليصاغ منها الحلي بوقف العبد الصغير ، وتردد هو فيه .
السابعة : لا يصح وقف ما لا يدوم الانتفاع به ، كالطوم والرياحين المشمومة ، لسرعة فسادها .

الثامنة : وقف ثوباً أو عبداً في الذمة ، لم يصح كما لو أعتق عبداً في الذمة . ولو وقف أحد عبديه ، لم يصح على الصحيح كالبيع . وقيل : يصح كالعتق .
التاسعة : يجوز وقف علو الدار دون سفليها .

العاشرة : يصح وقف الفحل للضراب ، بخلاف إجارته ، لان الوقف قرينة
يحتمل فيها ما لا يحتمل في المعاوضات .
الحادية عشرة : لا يصح وقف الملاهي .

فرع

أجر أرضه ثم وقفها ، صح على المذهب ، وبه قطع الشيخ أبو علي ، لانه مملوك
بشرائطه ، وليس فيه إلا العجز عن صرف منفته إلى جهة الوقف في الحال ، وذلك
لا يمنع الصحة ، كما لو وقف ماله في يد الغاصب . وفي فتاوى القفال : أنه عـلى
الخلافا في الوقف المنقطع الاول . وقيل : إن وقفه على المسجد صح ، لمشابهة الاعتاق ،
وإن وقف على إنسان ، فخلافا .

فرع

استأجر أرضاً ليني فيها ، أو يفرس ، ففعل ، ثم وقف البناء والغراس ، صح
على الاصح . ولو وقف هذا أرضه ، وهذا بناءه ، صح بلا خلاف ، كما لو باعاه .
وإذا قلنا بالصحة ، ومضت المدة ، وقلع مالك الأرض البناء ، فإن بقي منتفعاً به بعد
القلع ، فهو وقف كما كان . وإن لم يبق ، فهل يصير ملكاً للموقوف عليه ؟ أم يرجع
إلى الواقف ؟ فيه وجهان ، وأرش النقص الذي يؤخذ من القالع ، يسلك به
مسلك الوقف .

قلت : الاصح : صحة وقف ما لم يره ، ولا خيار له عند الرؤية . والله أعلم

الركن الثالث : الموقوف عليه ، وهو قسمان .

[القسم] الاول : أن يكون شخصاً معيناً ، أو جماعة معينين ، فشرطه أن يمكن تمليكهم ، فيجوز الوقف على ذمي من مسلم وذمي ، كما تجوز الوصية له ، ولا يصح الوقف على الحربي والمرتد على الاصح ، لانها لا دوام لهما .

فرع

لا يصح الوقف على من لا يملك ، كالجنين ، ولا يصح على العبد نفسه ، قال جماعة : هذا تفريع على قولنا : لا يملك . فان ملكناه ، صح الوقف عليه . وإذا عتق ، كان له دون سيده ، وعلى هذا قال المتولي : لو وقف على عبد فلان وملكناه ، صح وكان الاستحقاق متعلقاً بكونه عبد فلان ، حتى لو باعه أو وهبه ، زال الاستحقاق . ولك أن تقول : الخلاف في أنه هل يملك مخصوص بما إذا ملكه السيد ؟ فأما إذا ملكه غيره ، فلا يملك بلا خلاف ، وحينئذٍ إذا كان الواقف غير السيد ، كان الوقف على من لا يملك . أما إذا أطلق الوقف عليه ، فهو وقف على سيده . كما لو وهب له ، أو أوصى له ، وإذا شرطنا القبول ، جاء خلاف في استقلاله به ، كالخلاف في أنه هل يستقل بقبول الهبة والوصية ، وقد سبق في باب معاملات العبيد .

فرع

لو وقف على مكاتب ، قال الشيخ أبو حامد : لا يصح كالوقف على القن . وقال المتولي : يصح في الحال وتصرف الفوائد إليه ، ونديم حاكمه إذا عتق إن

أطلق الوقف . وإن قال : تصرف الفوائد إليه ما دام مكاتباً ، بطل استحقاقه .
وإن عجز ، بان لنا أن الوقف منقطع الابتداء .

فرع

وقف على بهيمة وأطلق ، هل هو كالوقف على العبد حتى يكون وقفاً على مالكها؟
وجهان . أصحابها : لا ، لأنها ليست أهلاً بحال . ولهذا لا يجوز الهبة لها والوصية.
والثاني : نعم . واختار القاضي أبو الطيب أنه يصح وينفق عليها منه ما بقيت ، وعلى
هذا ، فالقبول لا يكون إلا من المالك . وحكى المتولي في قوله : وقفت على علف بهيمة
فلان ، أو بهائم القرية ، وجهين كصورة الإطلاق ، قال : والخلاف فيما إذا كانت
البهيمة مملوكة . فلو وقف على الوحوش ، أو علف الطيور المباحة ، فلا يصح
بلا خلاف .

فرع

في وقف الانسان على نفسه وجهان . أصحابها : بطلانه ، وهو المنصوص . والثاني :
يصح ، قاله الزيري . وحكى ابن سريج أيضاً ، وحكى عنه ابن كج : أنه يصح
الوقف ، ويلغو شرطه ، وهذا بناءً على أنه إذا اقتصر على قوله : وقفت ، صح ، وينبغي
أن يطرد في الوقف على من لا يجوز مطلقاً . ولو وقف على الفقراء ، وشرط أن تقضى
من غلة الوقف زكاته ودينونه ، فهذا وقف على نفسه وغيره ، ففيه الخلاف . وكذلك
لو شرط أن يأكل من ثماره ، أو ينتفع به . ولو استبقى [الواقف] لنفسه التولية ،
وشرط أجرة ، وقلنا : لا يجوز أن يقف على نفسه ، ففي صحة هذا الشرط وجهان
كالوجهين في الهاشمي هل يجوز أن يأخذ منهم العاميين إذا عمل على الزكاة .

قلت : الأرجح هنا جوازه . قال الشيخ أبو عمرو بن الصلاح : ويتبيّن ذلك بأجرة المثل ، ولا يجوز الزيادة إلا من أجاز الوقف على نفسه . والله أعلم

ولو وقف على الفقراء ، ثم صار فقيراً ، ففي جواز أخذه وجهان إذا قلنا : لا يقف على نفسه ، لأنه لم يقصد نفسه وقد وجدت الصفة ، ويشبه أن يكون الأصح الجواز ، ورجح الغزالي المنع ، لأن مطلقه ينصرف إلى غيره . واعلم أن للواقف أن ينتفع بأوقافه العامة كآحاد الناس ، كالصلاة في بقعة جعلها مسجداً ، والشرب من بئر وقفها ونحو ذلك .

قلت : ومن هذا النوع ، لو وقف كتاباً على المسلمين للقراءة فيه ونحوها ، أو قِدرًا للطبخ فيها ، أو كيزاناً للشرب بها ونحو ذلك ، فله الانتفاع معهم .
والله أعلم

فرع

لو قال لرجلين : وقفت على أحكما ، لم يصح ، وفيه احتمال عن الشيخ أبي محمد .
القسم الثاني : الوقف على غير معين ، كالفقراء والمساكين ، وهذا يسمى وقفاً على الجهة ، لأن الواقف يقصد جهة الفقر والسكنة ، لا شخصاً بعينه ، فينظر في الجهة ، إن كانت على المعصية ، كعمارة الكنيسة وقناديلها وحصرها ، وكتب التوراة والانجيل ، لم يصح ، سواء وقفه مسلم أو ذمي ، فنبطله إذا تراءفوا إلينا . أما ما وقفوه قبل البعث على كنائسهم القديمة ، فنقره حيث نقره الكنائس . ولو وقف لسلح قطاع الطريق ، أو لآلات سائر المعاصي ، فباطل قطعاً . وإن لم تكن جهة معصية ، نظر ، فإن ظهر فيه قصد القربة ، كالوقف على المساكين ، وفي سبيل الله تعالى ، والعلماء والتعلمين ،

والمساجد والمدارس والربط والقناطر ، صح الوقف . وإن لم يظهر قصد القرية ، كالوقف على الأغنياء ، فوجهان ، بناءً على أن المرعي بالوقف على الموصوفين جهة القرية ، أم التملك ؟ فحكى الامام عن المعظم : أنه القرية ، ولهذا لا يجب استيعاب الساكنين ، بل يجوز الاقتصار على ثلاثة منهم . وعن القفال أنه قال : التملك كالوصية والوقف على الميئن ، وهذا الوجه اختيار الامام وشيخه ، وطرق المراقبين توافقه ، حتى ذكروا أن الوقف على المساجد والربط ، تملك المسلمين منفعة الوقف . فان قلنا بالأول ، لم يصح الوقف على الأغنياء واليهود والنصارى والفساق ، والاصح : الجميع . ويجوز أن يخرج على هذا الاصل ، الخلاف في صحة الوقف على قبيلة ، كالمלוية وغيرهم ممن لا ينحصر فيهم . وفي صحته قولان ، كالوصية لهم . فان راعينا القرية ، صح ، وإلا ، فلا ، لتعذر الاستيعاب ، والاشبه بكلام الاكثرين ترجيح كونه تملكاً ، وتصحيح الوقف على هؤلاء . ولهذا صحح صاحب « الشامل » الوقف على النازلين في الكنائس من مارة أهل الذمة وقال : هو وقف عليهم ، لاعلى الكنيسة ، لكن الاحسن توسط بعض المتأخرين ، وهو تصحيح الوقف على الاغنياء ، وإبطاله على اليهود والنصارى وقطاع الطريق وسائر الفساق ، لتضمنه الاعانة على المعصية .

فصل

في مسائل تتعلق بهذا الركن

إحداها : يجوز الوقف على سبيل الله ، وهم المستحقون منهم الزكاة .

الثانية : إذا وقف على سبيل البر ، أو الخير ، أو الثواب ، صح ، ويصرف إلى أقارب الواقف . فان لم يوجدوا ، فالى أهل الزكاة . وقال في « النهذيب » : الوقوف

على سبيل الخير* أو الخير أو الثواب ، يجوز صرفه إلى مافيه صلاح المسلمين من أهل الزكاة ، وإصلاح القناطر ، وسد* الثغور ، ودفن الموتى وغيرها ، وقال بعض أصحاب الامام : إن وقف على جهة الخير ، صرف [في] مصارف الزكاة ، ولا يبنى به مسجد ولا رباط . وإن وقف على جهة الثواب ، صرف إلى أقاربه . والذي قطع به الأكثرون ، ماقدمناه . قالوا : ولو جمع بين سبيل الله تعالى ، وسبيل الثواب ، وسبيل الخير ، صرف الثلث إلى الغزاة ، والثلث إلى أقاربه ، والثلث إلى الفقراء والمساكين والغارمين وابن السبيل وفي الرقاب ، وهذا يخالف ماسبق .

الثالثة : يصح الوقف على أكفان الموتى ، ومؤنة الغسّالين والحفّارين ، وعلى شراء الأواني والظروف لمن تكسّرت عليه .

الرابعة : يصح الوقف على المتفقيّة - وهم المشتغلون بتحصيل الفقه - مبتدئهم ومنتهم ، وعلى الفقهاء ، ويدخل فيه من حصل منه شيئاً وإن قل .

الخامسة : الوقف على الصوفية ، حكى عن الشيخ أبي محمد أنه باطل ، إذ ليس للتصوف حدٌ يعرف ، والصحيح المعروف صحته ، وهم المشتغلون بالعبادة في أغلب الأوقات ، المعرضون عن الدنيا . وفصله الغزالي في « الفتاوى » فقال : لا بد في الصوفي من العدالة وترك الحرفة ، ولا بأس بالورقة والخياطة وشبهها إذا تعاطاها أحياناً في الرباط لافي الحانوت ، ولا تقدح قدرته على الكسب ، ولا اشتغاله بالوعظ والتدريس ، ولا أن يكون له من المال قدر لا تجب فيه الزكاة ، أو لا يفي دخله بخرجه ، وتقدح الثروة الظاهرة والمروض الكثيرة ، ولا بد أن يكون في زي* القوم ، إلا أن يكون مساكناً ، فتقوم الخاطة والمساكنة مقام الزي* ، قال : ولا يشترط لبس المرقعة من شيخ ، وكذلك ذكر المتولي .

السادسة : وقف على الأرقاء الموقوفين لسدانة الكعبة وخدمة قبر رسول الله ﷺ ، صح على الأصح .

السابعة : لو وقف على دار أو حانوت ، قال الحناطي : لا يصح إلا أن يقول : وقفت على هذه الدار على أن يأكل فوائده طارقوها ، فيصح على الأصح .

الثامنة : وقف على المقبرة لتصرف الغلة في عمارة القبور ، قال المتولي : لا يصح ، لأن الموتى صائرون إلى البلى ، فلا تليق بهم العمارة .

التاسعة : وقف ضيعة على المؤن التي تقع في قرية كذا من جهة السلطان ، ففي فتاوى القفال : أنه صحيح ، وصيغته أن يقول : تصدقت بهذه الضيعة صدقة محرمة على أن تستغل ، فما فضل عن عمارتها صرف إلى هذه المؤن .

العاشرة : في فتاوى القفال ، أنه لو قال : وقفت هذه البقرة على الرباط الفلاني ليشرب من لبنها من نزل ، أو ينفق من نسلها عليه ، صح ، فإن اقتصر على قوله : وقفها عليه ، لم يصح وإن كنا نعلم أنه يريد ، لأن الاعتبار باللفظ .

وقد بقيت مسائل من هذا الفصل تأتي منتورة في آخر الباب إن شاء الله تعالى .

الركن الرابع : الصيغة ، فلا يصح الوقف إلا بلفظ ، لأنه تملك للمعين والمنفعة ، أو المنفعة ، فأشبه سائر التملكيات ، لأن الممتق مع قوته وسرايته لا يصح إلا بلفظ ، فهذا أولى . فلو بنى على هيئة المساجد أو على غير هيئتها ، وأذن في الصلاة فيه ، لم يصح مسجداً ، وكذا لو أذن في المدفن في ملكه ، لم يصح مقبرة سواء صليتي في ذاك ومدفن في ذا ، أم لا .

وألفاظ الوقف على مراتب .

إحداها : قوله : وقفت كذا ، أو حبست ، أو سببت ، أو أرضي موقوفة ، أو محبسة ، أو مسبلة ، فكل لفظ من هذا صريح ، هذا هو الصحيح الذي قطع

به الجمهور . وفي وجه : كل هذا كناية ، وفي وجه : الوقف صريح ، والباقي كناية ،
وفي وجه : التسهيل كناية والباقي صريح .

الثانية : قوله : حرمت هذه البقعة للمساكين أو أبنتها ، أو داري محرمة
أو مؤبدة ، كناية على المذهب ، لأنها لا تستعمل إلا مؤكدة للأولى .

الثالثة : تصدقت بهذه البقعة ، ليس بصريح ، فإن زاد معه شيئاً ، فالزيادة لفظ
أو نية ، فأما اللفظ ، ففيه أوجه . أصحابها : إن قرن به بعض الألفاظ السابقة ، بأن
قال : صدقة محرمة ، أو محبسة ، أو موقوفة ، أو قرن به حكم الوقف فقال :
صدقة لاتباع ولا توهب ، التحق بالصريح ، لانصرافه بهذا عن التملك المحض .
والثاني : لا يكفي قوله : صدقة محرمة أو مؤبدة ، بل لابد من التقييد بأنها
لاتباع ولا توهب ، ويشبه أن لا يعتبر هذا القائل في قوله : صدقة موقوفة مثل هذا
التقييد . والثالث : لا يكون صريحاً بلفظ ما ، لأنه صريح في التملك المحض .
وأما النية ، فإن أضاف إلى جهة عامة بأن قال : تصدقت به على المساكين ونوى
الوقف ، فوجهان . أحدهما : أن النية لا تلتحق باللفظ في الصرف عن صريح الصدقة
إلى غيره . وأصحابها : تلتحق فيصير وقفاً . وإن أضاف إلى معين فقال : تصدقت
عليك ، أو قاله لجماعة معينين ، لم يكن وقفاً على الصحيح ، بل ينفذ فيما هو صريح
فيه وهو التملك المحض ، كذا قاله الإمام . ولك أن تقول : تجريد لفظ الصدقة
عن القرائن اللفظية ، يمكن تصويره في الجهات العامة ، ولا يمكن في معينين إذا
لم نجوز الوقف المنقطع ، فانه يحتاج إلى بيان المصارف بعد الميتين ، وحينئذ فاللأولى
به لا يَحتمله غير الوقف ، كما أن قوله : تصدقت به صدقة محرمة أو موقوفة ، لا يحتمل
غير الوقف .

فرع

لو قال : جمعت هذا المكان مسجداً ، صار مسجداً على الأصح ، لاشعاره بالمقصود واشتباره فيه . وقطع الاستاذ أبو طاهر والمتولي والبغوي ، بأنه لا يصير مسجداً ، لأنه لم يوجد شيء من ألفاظ الوقف . قال الاستاذ : فان قال : جماعته مسجداً لله تعالى ، صار مسجداً . وحكى الامام خلافاً للأصحاب في استعمال لفظ الوقف فيما يضاهي التجريد ، كقوله : وقفت هذه البقعة على صلاة المصلين وهو يريد جعلها مسجداً ، والأصح صحته .

فصل

إذا كان الوقف على جهة ، كالفقراء ، وعلى المسجد والرباط ، لم يشترط القبول . ولو قال : جمعت هذا للمسجد ، فهو تملك لا وقف ، فيشترط قبول القيم^(١) وقبضه كما لو وهب شيئاً لصي . وإن كان الوقف على شخص أو جماعة معينين ، فوجهاً . أصحابها عند الامام وآخرين : اشتراط القبول . فعلى هذا ، فليكن متصلاً بالايجاب كما في البيع والهبة . والثاني : لا يشترط كالمعتق ، وبه قطع البغوي والرويانى . قال الرويانى : لا يحتاج لزوم الوقف إلى القبول ، لكن لا يملك عليه إلا بالاختيار ، ويكفى الأخذ دليلاً على الاختيار . وخص المتولي الوجهين بقولنا : ينتقل الملك في الموقوف إلى الموقوف عليه ، وإلا ، فلا يشترط قطعاً .

قلت : صحح الرافعي في « المحرر » الاشتراط . والله أعلم

وسواء شرطنا القبول ، أم لا ، لو رده بطل حقه كالوصية والوكالة ، وشذ

(١) أي قيم المسجد .

البنوي فقال : لا يبطل بالرد كالمعتق . فعلى الصحيح : لو رد ثم رجع ، قال الروياني : إن رجع قبل حكم الحاكم برده إلى غيره ، كان له . وإن حكم به لغيره ، بطل حقه . هذا في البطن الأول ، أما البطن الثاني والثالث : فنقل الامام والغزالي ، أنه لا يشترط قبوله قطعاً ، لأن استحقاقهم لا يتصل بالإيجاب ، ونقلاً في ارتداده بردهم وجهين ، لأن الوقف قد ثبت ولزم فيبعد انقطاعه ، وأجرى المتولي الخلاف في اشتراط قبولهم وارتداده بردهم بناءً على أنهم يتلقون الحق من الواقف ، أم من البطن الأول ؟ إن قلنا بالأول ، فقبولهم وردهم كقبول الأولين وردهم ، وإلا ، فلا يعتبر قبولهم وردهم كالبراث ، وهذا أحسن ، ولا يبعد أن لا يتصل الاستحقاق بالإيجاب مع اشتراط القبول ، كما في الوصية .

الطرف الثاني : في شروط الوقف ، وهي أربعة .

الأول : التأيد ، بأن يقف على من لا ينقرض ، كالفقراء والمساكين ، أو على من ينقرض ثم على من لا ينقرض ، كقوله : وقفت على ولدي ثم على الفقراء ، أو على زيد ثم عقبه . ثم الفقراء والمساجد والربط والقناطر ، كالفقراء والمساكين ، فإن عين مساجد أو قناطر ، فوجهان . وفي معنى الفقراء العلماء على الصحيح ، وفي فتاوى القفال خلافة ، لأنهم قد ينقطعون .

فصل

لو قال : وقفت هذا سنة ، فالصحيح الذي قطع به الجمهور ، أن الوقف باطل . وقيل : يصح وينتهي بانتهاء المدة . وقيل : الوقف الذي لا يشترط فيه القبول ، لا يفسد بالتوقيت كالمعتق ، وبه قال الامام ومن تابعه . وفي مطلق الوقف قول آخر منحه في الهبة إن شاء الله تعالى .

فصل

إذا وقف وقفاً منقطع الآخر ، بأن قال : وقفت على أولادي ، أو قال : وقفت على زيد ثم على عقبه ولم يزد ، ففي صحته ثلاثة أقوال . أظهرها عند الأكثرين : الصحة . منهم القضاة : أبو حامد ، والطبري ، والرويانى ، وهو نصه في « المختصر » . والثاني : البطلان ، وصححه السمودي والامام . والثالث : إن كان الموقوف عقاراً ، فباطل . وإن كان حيواناً ، صح ، لأن مصيره إلى الهلاك ، وربما هلك قبل الموقوف عليه . فإن صححنا ، فإذا انقضى المذكور ، فقولان . أحدهما : يرتفع الوقف ويعود ملكاً للواقف ، أو إلى ورثته إن كان مات . وأظهرهما : يبقى وقفاً ، وفي مصرفه أوجه . أصحابها وهو نصه في « المختصر » : يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف يوم انقراض المذكور . والثاني : إلى المساكين . والثالث : إلى المصالح العامة مصارف خمس الخمس . والرابع : إلى مستحقي الزكاة . فإن قلنا : إلى أقرب الناس إلى الواقف ، فيعتبر قرب الرحم ، أم استحقاق الأثر ؟ وجهان . أصحابها : الأول ، فيقدم ابن البنت على ابن العم ، لأن المتمبر صلة الرحم . وإذا اجتمع جماعة ، فالقول في الأقرب كما سيأتي في الوصية للأقرب . وهل يختص بفقراء الأقارب ، أم يشاركهم أغنيائهم . قولان . أظهرهما : الاختصاص . وهل هو على سبيل الوجوب ، أم الاستحباب ؟ وجهان . وإن قلنا : يصرف إلى المساكين ، ففي تقديم جيران الواقف وجهان . أصحابها : المنع ، لأننا لو قدمنا بالجوار ، لقدمنا بالقرابة بطريق الأولى .

فرع

قال : وقفت هذا على زيد شهراً ، على أن يعود إلى ملكي بعد الشهر ، فباطل على المشهور . وفي قول : يصح ، فعلى هذا هل يعود ملكاً بعد الشهر ، أم يكون كالمنقطع حتى يصرف بعد الشهر إلى أقرب الناس إلى الواقف ؟ قولان حكاهما البغوي .

الشرط الثاني : التنجيز . فلو قال : وقفت على من سيولد لي ، أو على مسجد سيني ، ثم على الفقراء ، أو [قال] : على ولدي ثم على الفقراء ولا ولد له ، فهذا وقف منقطع الأول ، وفيه طريقان . أحدهما : القطع بالبطلان . والثاني : على القولين في منقطع الآخر . والمذهب هنا البطلان ، وهو نصه في « المختصر » ، فإن صححناه نظر ، إن لم يمكن انتظار من ذكره . كقوله : وقفت على ولدي ولا ولد له ، أو على مجهول أو ميت ، ثم على الفقراء ، فهو في الحال مصروف إلى الفقراء ، وذكر الأول لغو . وإن أمكن ، إما بانقراضه كالوقف على عبد ، ثم على الفقراء ، وإما بمحصله ، كولد سيولد [له] ، فوجهان . أحدهما : تصرف الغلة إلى الواقف حتى ينقرض الأول . وعلى هذا ، ففي ثبوت الوقف في الحال وجهان . والثاني وهو الأصح : تنقطع الغلة عن الواقف . وعلى هذا أوجه . أصحها : تصرف في الحال إلى أقرب الناس إلى الواقف ، فإذا انقرض المذكور أولاً ، صرف إلى المذكور بعده . وعلى هذا ، فالقول في اشتراط الفقر وسائر التفاريص على ما سبق . والثاني : يصرف إلى المذكورين بعده في الحال . والثالث : أنه للمصالح العامة .

فرع

وقف على وارثه في مرض الموت ، ثم على الفقراء ، وقلنا : الوقف على الوارث

باطل ، أو صحيح ، فردّه باقى الورثة ، فهو منقطع الأول . وكذا لو وقف على معين يصح الوقف عليه ، ثم على الفقراء ، فردّه المعيّن ، وقلنا بالصحيح : إنه يرتد بالرد ، فمنقطع الأول .

فرع

إذا علق الوقف فقال : إذا جاء رأس الشهر ، أو قدم فلان ، فقد وقفته ، لم يصح على المذهب . وقيل : على الخلاف في منقطع الأول ، وأولى بالفساد .

فرع

وراء منقطع الأول فقط أو الآخر فقط صور .

إحداها : أن يكون متصل الأول والآخر والوسط ، فصحيح .

الثانية : أن يكون منقطعها جميعاً ، فباطل قطعاً .

الثالثة : متصل الطرفين منقطع الوسط ، بأن وقف على أولاده ، ثم رجل

مجهول ، ثم الفقراء ، فإن صححنا منقطع الآخر ، فهذا أولى ، وإلا ، فوجهان .

أصحها : الصحة ، ويصرف عند توسط الانقطاع إلى أقرب الناس إلى الواقف ،

أو إلى الساكنين ، أو المصالح ، أو الجهة العامة المذكورة آخراً ؛ فيه الخلاف السابق .

الرابعة : أن ينقطع الطرفان دون الوسط ، بأن وقف على رجل مجهول ، ثم

على أولاده فقط ، فإن أبطلنا منقطع الأول ، فهذا أولى ، وإلا ، فالأصح بطلانه أيضاً .

فإن صححنا ، ففيمن يصرف إليه الخلاف السابق .

الشرط الثالث : الالتزام . فلو وقف بشرط الخيار ، أو قال : وقفت بشرط

أني أبيعه ، أو أرجع فيه متى شئت ، فباطل ، واحتجوا له بأنه إزالة ملك إلى الله سبحانه وتعالى ، كالعتق ، أو إلى الموقوف عليه ، كالبيع والهبة ، وعلى التقديرين ؛ فهذا شرط مفسد . لكن في فتاوى القفال أن العتق لا يفسد بهذا الشرط ، وفرق بينها بأن العتق مبني على الغلبة والسراية . وعن ابن سريج ، أنه يحتمل أن يبطل الشرط ، وبصح الوقف . ولو وقف على ولده أو غيره بشرط أن يرجع إليه إذا مات ، فهو باطل على المذهب . وعن البويطي ، أنه على قولين أخذاً من مسألة العمرى . ولو وقف وشرط لنفسه أن يحرم من شاء ، أو يقدم أو يؤخير ، فالشرط فاسد على الأصح . هذا إذا أنشأ الوقف بهذا الشرط ، فلو أطلقه ثم أراد أن يغيّر ما ذكره بجرمان أو زيادة ، أو تقديم أو تأخير ، فليس له قطعاً . فان صححنا شرطه لنفسه ، فشرطه لغيره ، ففساد على الأصح . وإن أفسدناه ، ففي فساد الوقف خلاف مبني على أن الوقف كالعتق ، أم لا ؟

هذا مجموع ما حضرني من كتب الأصحاب . والذي قطع به جمهورهم ، بطلان الشرط والوقف في هذه الصور كلها ، وشذ الغزالي فجعل هذه الصور ثلاث مراتب . الأولى : وقفت بشرط أن أرجع متى شئت ، أو أحرم المستحق وأحوّل الحق إلى غيره متى شئت ، ففساد .

الثانية : بشرط أن أغيّر قدر المستحق للمصلحة ، فهو جائز .

الثالثة : يقول : أغيّر تفصيله ، فوجهان ، وهذا الترتيب لا يكاد يوجد لغيره ، ثم فيه لبس ، فان التحويل المذكور في الأولى هو التغير المذكور في الثانية ، والمذهب ما ذكره الجمهور .

فصل

لو شرط الواقف أن لا يؤجر الوقف ، فأوجه . أصحابها : يتبع شرطه كسائر

الشروط . والثاني : لا ، لتضمنه الحجب على مستحقي المنفعة . والثالث : إن منع الزيادة على سنة ، اتبع ، لأنه من مصالحه ، وإن منع مطلقاً ، فلا . فإن أفسدنا الشرط ، فالقياس فساد الوقف به . وقال الشيخ أبو عاصم : إذا شرط أن لا يؤجر أكثر من سنة ، لم يخالف . وقيل : إن كان الصلاح في الزيادة ، زيد ، وهذا تصحيح للوقف مع فساد الشرط .

قلت : ليس هذا فساداً للشرط مطلقاً ، بخلاف مسألتنا . والله أعلم

فصل

إذا جعل داره مسجداً ، أو أرضه مقبرة ، أو بنى مدرسة ، أو رباطاً ، فلكل أحد أن يصلي ويمتكن في المسجد ، ويدفن في المقبرة ، ويسكن المدرسة بشرط الاهلية ، وينزل الرباط ، وسواء فيه الواقف وغيره . ولو شرط في الوقف اختصاص المسجد بأصحاب الحديث ، أو الرأي ، أو طائفة معلومين ، فوجهان . أحدهما : لا يتبع شرطه . فعلى هذا قال التولي : يفسد الوقف لفساد الشرط . والثاني : يتبع ويختص بهم رعاية للشرط وقطعاً للنزاع في إقامة الشئاعر ، ويشبه أن تكون الفتوى بهذا وإن كان الغزالي اقتصر على الاول في « الوجيز » .

قلت : الاصح اتباع شرطه ، وصححه الراعي في « الحرر » . والمراد بأصحاب الحديث : الفقهاء الشافعية ، وبأصحاب الرأي : الفقهاء الحنفية ، هذا عرف أهل خراسان .

والله أعلم

ثم الوجهان ، فيما إذا قال : على أصحاب الحديث ، فإذا انقروا فعلى عامة المسلمين ، أما إذا لم يتعرض للانقراض ، ففيه خلاف .

قلت : يعني اختلفوا في صحة الوقف لاحتمال انقراض هذه الطائفة ، والاصح
أو الصحيح الصحة . والله أعلم

ولو شرط في المدرسة والرباط الاختصاص ، اختص قطعاً . ولو شرط في المقبرة
الاختصاص بالقباء ، أو بجماعة معينين ، فالوجه أن يرتب على المسجد . فان
قلنا : يختص ، فالمقبرة أولى ، وإلا ، فوجهان ، لتردها بين المسجد والمدرسة ، وإلحاقها
بالمدرسة أصح ، فان المقابر للأموات كالمساكن للأحياء ، وهذا كله إذا شرط في حال
الوقف . أما إذا وقف مطلقاً ، ثم خصص المدرسة أو المسجد أو غيرها ، فلا اعتبار
به قطعاً .

الشرط الرابع : بيان المصرف ، فلو قال : وقفت هذا واقتصر عليه ، فقولان .
وقيل : وجهان . أظهرهما عند الاكثرين : بطلان الوقف ، كقوله : بعت داري بشرة ،
أو وهبتها ، ولم يقل لمن ، ولأنه لو قال : وقفت على جماعة ، لم يصح ، لجهالة المصرف .
فاذا لم يذكر المصرف ، فأولى أن لا يصح . والثاني : يصح ، وإليه ميل الشيخ أبي حامد ،
واختاره صاحب « المذهب » والروائي ، كما لو نذر هدياً أو صدقة ولم يبين المصرف ،
وكما لو قال : أوصيت بثلاثي ، فانه يصح ويصرف إلى المساكين . وهذا إن كان متفقاً
عليه ، فالفرق مشكل .

قلت : الفرق ، أن غالب الوصايا للمساكين ، فحمل المطلق عليه ، بخلاف الوقف ،
ولأن الوصية مبنية على المساهلة ، فتصح بالجهول والتجسس وغير ذلك ، بخلاف الوقف .
والله أعلم

فان صححنا ، ففي مصرفه الخلاف في منقطع الآخر إذا صححناه . وعن ابن

سريع ، يصرفه الناظر فيما يراه من البرّ كهمارة المساجد ، والفناطر ، وسد الثغور ،
وتجهيز الموتى وغيرها .

فصل

في مسائل تتعلق بالباب

الاولى : وقف على رجلين ، ثم على المساكين ، فمات أحدهما ، ففي نصيبه
وجهان . أصحها وهو نصه في حرملة : يصرف إلى صاحبه . والثاني : إلى المساكين ،
والقياس : أن لا يصرف إلى صاحبه ولا إلى المساكين ، بل صار الوقف في نصيب
اليت منقطع الوسط .

قلت : معناه : يكون صرفه مصرف منقطع الوسط ، لأنه يجيء خلاف في صحة
الوقف . والله أعلم

الثانية : وقف على شخصين ولم يذكر من يصرف إليه بعدهما ، وصححنا الوقف ،
فمات أحدهما ، فنصيبه للآخر ، أم حكمه حكم نصيبها إذا مات ؟ فيه وجهان .

الثالثة : وقف على بطون ، فردّ البطن الثاني وقلنا : يرتد برّدّم ، فهذا وقف
منقطع الوسط ، وسبق بيانه ، وفيه قول أو وجه : أنه يصرف إلى البطن الثالث .
الرابعة : يصح الوقف على أقارب رسول الله ﷺ إذا جوزنا الوقف على قوم
غير محصورين ، ولا يكون كصرف الزكاة إليهم .

الخامسة : [قال] : وقفت داري على المساكين بعد موتي ، قال الشيخ أبو محمد :
أفتى الاستاذ أبو إسحاق بصحة الوقف بعد الموت ، ووافقه أئمة عصره ، وهذا كأنه
وصية . يدل عليه أن [في] فتاوى القفال ، أنه لو عرض الدار على البيع ، صار
راجعاً فيه .

السادسة : قال : جعلت داري هذه خانقاه للفرقة ، لم تصر وقفاً بذلك . ولو قال : تصدقت بها صدقة محرمة ، ليصرف من غلتها كل شهر إلى فلان كذا ، ولم يزد عليه ، ففي صحة هذا الوقف وجهان . فإن صح ، ففي الفاضل عن المقدار أوجه . أحدها : الصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف . والثاني : إلى المساكين . والثالث : يكون ملكاً للواقف .

السابعة : قال : جعلت داري هذه للمسجد ، أو سلم داراً إلى قيم المسجد وقال : خذها للمسجد ، أو قال : إذا مت فأعطوا من مالي ألف درهم للمسجد ، أو فداري للمسجد ، لا يكون شيئاً ، لأنه لم توجد صيغة وقف ولا تمليك ، ولك أن تقول : إن لم يكن صريحاً في التمليك ، فلا شك أنه كناية .

الثامنة : قال : وقفت داري على زيد وعلى الفقراء ، بني علي ما إذا أوصي لزيد وللفقراء ، فإن جملناه كأحدهم ، صح الوقف ولا يحرم زيد . وإن قلنا : له النصف ، صح الوقف في نصيب الفقراء . وأما النصف الثاني ، فنقطع الآخر ، فإن لم يصح ، جاء تفريق الصفة . وهذه المسألة مع المسألتين قبلها منقولة في فتاوى القفال . التاسعة : في فتاوى القفال : أنه لو قال : وقفتها على المسجد الفلاني ، لم يصح حتى يبين جهته فيقول : وقفت على عمارته ، أو وقفت عليه ليستغل فيصرف إلى عمارته أو إلى دهن السراج ونحوهما ، ومقتضى إطلاق الجمهور صحته .

قلت : وقد صرح البغوي وغيره بصحته . والله أعلم

العاشرة : في فتاوى القفال : أنه لو وقف على رباط أو مسجد معين ، ولم يذكر المصرف إن خرب ، فهو منقطع الآخر . وفصل صاحب « التتمة » فقال : إن كان في موضع يستبعد في العادة خرابه ، بأن كان في وسط البلدة ، فهو صحيح ، وإن كان في قرية أو حارة ، فهو منقطع الآخر .

قلت : وما يتعلق بهذا الباب (١) .

(١) كذا الأصل ، وفي نسخة الظاهرية ما نصه : « بعده بياض » .

الباب الثاني في أحكام الوقف الصحيح

إذا صح الوقف ، ترتب عليه أحكام .

منها : ما ينشأ من اللفظ المستعمل في الوقف ويختلف باختلاف الألفاظ .

ومنها : ما يقتضيه المعنى ، فلا يختلف باختلاف اللفظ ، ويجمع الباب طرفان .

[الطوف] الأول : في الأحكام اللفظية ، والأصل فيه ، أن شروط الواقف مرعية

ما لم يكن فيها ما ينافي الوقف ، وفيه مسائل .

[المسألة] الأولى : قال : وقفت على أولادي ، وأولاد أولادي ، فلا ترتيب ،

بل يسوى بين الجميع . ولو زاد فقال : ما تناسلوا ، أو بطناً بعد بطن ، فكذلك ،

ويحمل على التعميم على الصحيح . وقال الزيادي : قوله : بطناً بعد بطن ، يقتضي

الترتيب . ولو قال : على أولادي ثم على أولاد أولادي ، ثم على أولاد أولاد أولادي ما تناسلوا

أو بطناً بعد بطن ، فهو للترتيب ، ولا يصرف إلى البطن الثاني شيء ما بقي من الأول واحد ،

ولا إلى الثالث ما بقي من الثاني أحد ، كذا أطلقه الجمهور . والقياس فيما إذا مات

واحد من البطن الأول ، أن يجيء في نصيبه الخلف السابق فيما لو وقف على

شخصين أو جماعة ثم على المساكين فمات واحد ، قال من يصرف نصيبه ؟ ولم أر

تعرضاً إليه إلا لأبي الفرج الرخسي ، فانه سوى بين الصورتين ، وحكى فيها

وجهين . أحدهما : أن نصيب الميت لصاحبه . والثاني : أنه لأقرب الناس إلى الواقف ،

وكذا ذكر صاحب « الإيضاح » ، (١) أن يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف .

(١) في نسخة الظاهرية : « الانصاح » .

قلت : الصحيح : ما أطلقه الجمهور، لأن من بقي بعد موت بعض الأولاد يسمون أولاداً، بخلاف ما إذا مات أحد الشخصين . ثم إن مراعاة الترتيب لا تنتهي عند البطن الثالث والرابع ، بل يعتبر الترتيب في جميع البطون ، فلا يصرف إلى بطن وهناك أحد من بطن أقرب، صرح به البغوي وغيره . والله أعلم

ولو قال : على أولادي وأولاد أولادي الأعلى فالأعلى ، أو الأقرب فالأقرب ، أو الأول فالأول ، أو يبدأ بالأعلى منهم ، أو على أن لاحقاً لبطن وهناك أحد فوقهم، فمقتضاه الترتيب أيضاً . ولو قال : فمن مات من أولادي فنصيبه لولده ، اتبع شرطه .

فرع

قال: على أولادي ، ثم على أولاد أولادي ، وأولاد أولاد أولادي ، فمقتضاه الترتيب بين البطن الأول ومن دونهم ، والجمع بين مَنْ دونهم . ولو قال : على أولادي وأولاد أولادي ، ثم على أولاد أولاد أولادي ، فمقتضاه الجمع أولاً ، والترتيب ثانياً .

فرع

قال : على أولادي وأولاد أولادي ومن مات منهم فنصيبه لأولاده ، فمات واحد ، فنصيبه لأولاده خاصة ، ويشاركون الباقيين فيما عدا نصيب أبيهم .
المسألة الثانية: إذا وقف على الأولاد ، ففي دخول أولاد الأولاد ثلاثة أوجه ، أصحابها : لا يدخلون . والثاني : يدخلون . والثالث : يدخل أولاد البنين دون

أولاد البنات ، وهذا الخلاف عند الإطلاق ، وقد يقرن باللفظ ما يقتضي الجزم بخروجهم، كقوله : وقفت على أولادي ، فإذا انقروا فلا حفاذي الثلث ، والباقي للفقراء . ولو وقف على الأولاد ، ولم يكن له إلا أولاد الأولاد ، حمل اللفظ عليهم ، قاله المتولي وغيره . ولو وقف على أولاده وأولاد أولاده ، ففي دخول أولاد أولاد أولاده الخلاف .

الثالثة : الوقف على الأولاد ، يدخل فيه البنون والبنات والخنثى المشكل .

الرابعة : الوقف على البنين ، لا يدخل فيه الخنثى ، وفي دخول بني البنين والبنات الأوجه الثلاثة .

الخامسة : الوقف على البنات ، لا يدخل فيه الخنثى ، وفي بنات الأولاد الأوجه .

السادسة : وقف على البنين والبنات ، دخل الخنثى على الأصح . وقيل : لا ، لأنه لا يمد من هؤلاء ، ولا من هؤلاء .

السابعة : وقف على بني تميم ، وصححنا مثل هذا الوقف ، ففي دخول نسائهم وجهان . أحدهما : المنع ، كالوقف على بني زيد . وأصحها : الدخول ، لأنه يعبر به عن القبيلة .

الثامنة : وقف على أولاده وأولاد أولاده ، دخل فيه أولاد البنين والبنات . فإن قال : على من ينتسب إلي من أولاد أولادي ، لم يدخل أولاد البنات على الصحيح .

فرع

المستحقون في هذه الألفاظ ، لو كان أحدهم حملا عند الوقف ، هل يدخل حتى يوقف له شيء ؟ فيه وجهان حكاهما المتولي . أحدهما : نعم كاليراث ، ويستحق

الغلة في مدة الحمل . والصحيح : لا ، لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولداً . وأما غلة ما بعد الانفصال ، فيستحقها قطعاً . وكذا الأولاد الحادث علوقهم بعد الوقف ، يستحقون إذا انفصلوا . هذا هو الصحيح المقطوع به في الكتب . وفي «أما لي» السرخسي خلافه . قلت : ومما يتفرع على الصحيح أنه لا يستحق غلة مدة الحمل : أنه لو كان الموقوف نخلة ، فخرجت ثمرتها قبل خروج الحمل ، لا يكون له من تلك الثمرة شيء ، كذا قطع به الفوراني والبغوي ، وأطلقاه . ونال الدارمي في الاستذكار : في الثمرة التي أطلعت ولم تؤبر ، قولان ؛ هل لها حكم المؤبرة فتكون للبطن الأول ، أو لا فتكون للثاني ؟ وهذا القولان يجريان هنا . [والله أعلم]

فرع

المنفي^١ باللعان ، لا يستحق شيئاً ، لانقطاع نسبه ، وخروجه عن كونه ولداً . وعن أبي إسحاق : أنه يستحق ، وأثر اللعان مقصور على الملاعين . قلت : فلو استلحقه بعد نفيه ، دخل في الوقف قطعاً ، ذكره البغوي . والله أعلم

التاسعة : قال : وقفت على ذريتي أو عقي أو نسلي ، دخل فيه أولاد البنين والبنات ، قريتهم وبعيدهم . ولو حدث حمل ، قال المتولي : يوقف نصيبه قطعاً ، لأنه من نسله وعقبه قطعاً . ولو وقف على عترته ، قال ابن الاعرابي وثعلب : هم ذريته . وقال القتيبي : هم عشيرته ، وهما وجهان للأصحاب . أصحابها : الثاني ، وقد روي ذلك عن زيد بن أرقم .

قلت : هذان المذهبان ، مشهوران لأهل اللغة، غير مختصين بالذكورين ، لكن [أكثر] مَنْ جملهم عشيرته ، خصهم بالأقربين . قال الأزهري: قال بعض أهل اللغة: عترته: عشيرته الادنون . وقال الجوهري : عترته: نسله ورهطه الادنون . وقال الزيري : عترته: أقرباؤه من ولد وغيره، ومقتضى هذه الأقوال أنه يدخل ذريته عشيرته الادنون ، وهذا هو الظاهر المختار . والله أعلم

العاشرة : قال : على عشيرتي ، فهو كقوله : على قرابتي . وإذا قال : على قرابتي أو أقرب الناس إليّ ، فعلى ما سذكركم في الوصية إن شاء الله تعالى . وقال المتولي : قوله : على قبيلتي أو عشيرتي ، لا يدخل فيه إلا قرابة الأب . ثم إذا كانوا غير محصورين ، ففيهم الخلاف السابق . ثم من حدث بعد الوقف يشاركون الموجودين عند الوقف على الصحيح ، وعن البويطي منعه .

الحادية عشرة : اسم المولى يقع على المفق ويقال له : المولى الأعلى ، وعلى المتبق ويقال له : المولى الأسفل ، فإذا وقف على مواليه . وليس له إلا أحدهما ، فالوقف عليه . وإن رُجدا جميعاً ، فهل يقسم بينهما ، أم يختص به الأعلى ، أم الأسفل ، أم يبطل الوقف ؟ فيه أربعة أوجه . أصحها في التنبيه الأول . وفي الوجيز الرابع . قلت : الأصح ، الأول ، وقد صححه أيضاً الجرجاني في التحرير ، وحكى الدارمي وجهاً خامساً ، أنه موقوف حتى يصطلحوا ، وليس بشيء . والله أعلم

فصل

يرعى شرط الواقف في الأقدار ، وصفات المستحقين ، وزمن الاستحقاق . فإذا وقف على أولاده وشرط التسوية بين الذكر والأنثى ، أو تفضيل أحدهما ، انتفع

شرطه . وكذا الوقف على العلماء بشرط كونهم على مذهب فلان ، أو على الفقراء بشرط الغربة أو الشيخوخة ، اتبع . ولو قال : على بني الفقراء ، أو على بناتي الأرامل ، فمن استغنى منهم ، وتزوج منهن ، خرج عن الاستحقاق . فإن عاد فقيراً ، أو زال نكاحها ، عاد الاستحقاق .

قلت : ولم أر لأصحابنا تعرضاً لاستحقاقها في حال المدّة ، وينبغي أن يقال : إن كان الطلاق بائناً ، أو فارقت بفسخ أو وفاة ، استحققت ، لأنها ليست بزوجة في زمن المدّة . وإن كان رجماً ، فلا ، لأنها زوجة . والله أعلم

قال العبادي في « الزيادات » : لو وقف على أمهات أولاده إلا على من تزوج منهن ، فتزوجت ، خرجت ، ولا تعود بالطلاق ، والفرق من حيث اللفظ ، أنه أثبت الاستحقاق لبناته الأرامل وبالطلاق صارت أرملة ، وهنا جعلها مستحقة إلا أن تزوج ، وبالطلاق لا يخرج عن كونها تزوجت . ومن حيث المعنى أن غرضه أن تفي له أم ولده فلا يخلفه عليها أحد ، فمن تزوجت لم تف ولو طلقت .

فرع

لو شرط صرف غلة السنة الأولى إلى قوم ، وغلة السنة الثانية إلى آخرين ، وهكذا ما بقوا ، اتبع شرطه .

فرع

قال : وقفت على أولادي ، فإذا انقرض أولادي وأولاد أولادي ، فعلى الفقراء ،

فهذا وقف منقطع الوسط على الصحيح ، وحكمه ماسبق ، لأنه لم يجمل لأولاد الأولاد شيئاً ، وإنما شرط انقراضهم لاستحقاق الفقراء . وقيل : يستحقون بعد انقراض أولاد الصلب .

فرع

وقف على بنيه الأربعة ، على أن مات منهم وله عقب ، فنصيبه لعقبه ، ومن مات ولا عقب له ، فنصيبه لسائر أصحاب الوقف ، ثم مات أحدهم عن ابن ، وآخر عن ابنين ، وثالث ولا عقب له ، فنصيب الثالث بين الرابع وابن الأول وابن الثاني بالسوية . ولو قال : وقفت على بَنِي الحُصَّة ومن سيولد لي على ما أفصّلته ، ثم فصّل فقال : ضيعة كذا لابني فلان ، وحصة كذا لفلان ، إلى أن ذكر الحُصَّة ، ثم قال : وأما من سيولد لي ، فنصيبه أن [من] مات من الحُصَّة ولا عقب له يصرف حقه إليه ، فمات واحد من الحُصَّة ولا عقب له ، وولد للواقف ولد ، يصرف إلى المولود نصيب الميت ، وليس له شيء آخر بقوله أولاً : وقفت على بَنِي ومن سيولد [لي] ، لأن التفصيل المذكور آخر بيان لما أجمله أولاً ، وقد جرت عادة الشرطين بمثله .

فرع

قال : وقفت على سكان موضع كذا ، فغاب بعضهم سنة ولم يبع داره ، ولا استبدل داراً ، لا يطل حقه ، ذكره العبادي .

فرع

وقف على زيد بشرط أن يسكن موضع كذا ، ثم بعده على الفقراء والمساكين ،
فهذا [وقف] منقطع ، لأن الفقراء إنما يستحقون بعد انقراضه ، واستحقاقه مشروط
بشرط قد يتخلف .

فصل

الصفة والاستثناء عقيب الجمل المطوف بمضاه على بمض يرجعان إلى الجميع .
مثال الصفة : وقفت على أولادي وأحفادي وإخوتي المحتاجين منهم .
ومثال الاستثناء : وقفت على أولادي وأحفادي وإخوتي ، إلا أن يفسق واحد
منهم ، هكذا أطلقه الأصحاب . ورأى الإمام تقييده بقيدين . أحدهما : أن يكون
المطف بالواو ، فإن كان بـ «ثم» اختصت الصفة والاستثناء بالجملة الأخيرة . والثاني :
أن لا يتخلل بين الجملتين كلام طويل . فإن تخلل ، كقوله : على أن من مات منهم
وله عقب ، فنصيه بين أولاده للذكر مثل حظ الانثيين ، وإن لم يعقب ، فنصيه
للذين في درجته ، فإذا انقضوا ، فهو مصروف إلى إخوتي إلا أن يفسق أحدهم ،
فلاستثناء يختص بالآخوة . والصفة المتقدمة على جميع الجمل ، كقوله : وقفت على فقراء
أولادي وأولاد أولادي وإخوتي ، كالتأخرة عن جميعها ، حتى يعتبر الفقر في الكل .

فرع

البطن الثاني هل يتلقون الوقف من م الواقف ، أم من البطن الاول ؟ فيه وجهان .
أصحها : من الواقف .

الطرف الثاني : في الاحكام المنوية ، فمنها الزوم في الحال ، سواء أضافه إلى ما بعد الموت ، أم لم يُضفهِ ، وسواء سلّمهُ ، أم لم يسلمهُ ، قضى به قاضٍ ، أم لا .

قلت : وسواء في هذا كان الوقف على جهة ، أو شخص ، وسواء قلنا : الملك في رقبة الوقف لله تعالى ، أم للموقوف عليه ، أم باقٍ للواقف ، ولا خلاف في هذا بين أصحابنا إلا ما شذَّ به الجرجاني في التحرير ، فقال : إذا كان على شخص وقلنا : الملك للموقوف عليه ، افتقر إلى قبضه كالمبته ، وهذا غلط ظاهر وشذوذ مردود ، نهت عليه لثلاث يُعْتَرَّ به . والله أعلم

وإذا لزم ، امتنعت التصرفات القاذحة في غرض الوقف وفي شرطه . وسواء في امتناعها الواقف وغيره . وأما رقبة الوقف ، فالذهب وهو نصه في المختصر ، هنا : أن الملك فيها انتقل إلى الله تعالى . وفي قول : إلى الموقوف عليه . وخرج قول : أنه باقٍ على ملك الواقف . وقيل : بالأول قطعاً . وقيل : بالثاني قطعاً . وقيل : إن كان الوقف على معين ، ملكه قطعاً . وإن كان على جهة ، انتقل إلى الله تعالى قطعاً ، واختاره النزالي ، ولا فرق عند جمهور الأصحاب . هذا كله إذا وقف على شخص أو جهة عامة . فأما إذا جعل البقعة مسجداً أو مقبرة ، فهو فك عن الملك كتحرير الرقيق ، فينقطع عنها اختصاصات الآدميين قطعاً .

فصل

فوائد الوقف ومنافعه ، للموقوف عليه ، يتصرف فيها تصرف الملاك في الاملاك . فان كان شجرة ، ملك الموقوف عليه ثمارها ، ولا يملك أغصانها إلا فيما يعتاد قطعه كشجر الخيلاف ، فأغصانها كثمر غيرها ، وإن كان الموقوف بهيمة ، ملك صوفها

ووبرها ولبنها قطعاً ، ويملك تناجها أيضاً على الاصح كالثمرة . والثاني : تكون وقفاً تبعاً لأمه كولد الاضحية . وقيل : الوجهان في ولد الفرس والحصان ، فأما ولد النعم ، فيملكه قطعاً ، لأن المطلوب منها الدر والنسل . وقيل : لاحق فيه للموقوف عليه ، بل يصرف إلى أقرب الناس إلى الواقف ، إلا أن يصرح بخلافه ، وهذا الخلاف في تناج حدث بعد الوقف . فإن وقف البهيمة وهي حامل ، فإن قلنا : الحادث وقف ، فهذا أولى ، وإلا ، فوجهان بناءً على أن الحمل هل له حكم ، أم لا ؟ وهذا المذكور في الدر والنسل هو فيما إذا أطلق أو شرطها للموقوف عليه . فلو وقف دابة على ركوب إنسان ، ولم يشترط له الدر والنسل ، قيل : حكمها حكم وقف منقطع الآخر . وقال البغوي : ينبغي أن يكون للواقف ، وهذا أوجه ، لأن الدر والنسل لا مصرف لهما أولاً ولا آخراً .

فرع

قالوا : لو وقف ثور للزئاء ، جاز ، ولا يجوز استعماله في الحراثة .

فرع

لا يجوز ذبح البهيمة المأكولة الموقوفة ، وإن خرجت عن الانتفاع ، كما لا يجوز إعتاق العبد الموقوف ، لكن لو صارت بحيث يقطع بموتها ، قال المتولي : تذبح للضرورة . وفي لحمها ، طريقان . أحدهما : يشتري بثمنه بهيمة من جنسها وتوقف . والثاني : إن قلنا : الملك فيها ينتقل إلى الله تعالى ، فعمل فيه الحاكم ما رآه مصلحة . وإن قلنا : للموقوف عليه أو للواقف ، صرف اليها .

فرع

إذا ماتت البهيمة الموقوفة ، فالوقوف عليه أحق بجلدها . وإذا دبغته ، ففي عوده وقفاً وجهان . قال المتولي . أصحابها : العود .

فصل

المنافع المستحقة للموقوف عليه ، يجوز أن يستوفيها بنفسه ، ويجوز أن يقيم غيره مقامه باعارة أو إجارة ، والأجرة ملك له . هذا إن كان الوقف مطلقاً ، فإن قال : وقفت داري ليسكنها من يعلّم الصبيان في هذه القرية ، فلمعلم أن يسكنها ، وليس له أن يسكنها غيره بأجرة ولا بغيرها . ولو قال : وقفت داري على أن تستغل وتصرف غلتها إلى فلان ، تعين الاستغلال ، ولم يجز له أن يسكنها ، كذا ذكرت الصورتان في فتاوى القفال وغيره . ولو كان الوقف مطلقاً ، فقال الموقوف عليه : اسكن الدار ، فقال الناظر : أكرها لأصرف غاتها في مرمتها ، فله أن يكرها .

فرع

متى وجب المهر ، فوطئ الموقوفة ، فهو للموقوف عليه كاللبن والثمره .

فرع

لا يجوز وطئ الموقوفة لا الواقف ولا للموقوف عليه ، وإن قلنا : الملك فيها لها ، لأنه ملك ضعيف . ولو وطئت فلها أحوال .

أحدها : أن يطأها أجنبي . فإن لم يكن هناك شبهة ، لزمه الحد ، والولد رقيق ثم هل هو ملك طلق ، أم وقف ؟ وجهان كنتاج البهيمة ، ويجب المهر إن كانت مكرهة . وإن كانت مطاوعة عالمة بالحال ، ففيه خلاف سبق في الغصب . وإن كان هناك شبهة ، فلا حد ، ويجب المهر والولد حر وعليه قيمته ، ويكون ملكاً للموقوف عليه إن جعلنا الولد ملكاً ، وإلا ، فيشتري بها عبد ويوقف .

الحال الثاني : أن يطأها الموقوف عليه . فإن لم يكن شبهة ، فقيل : لأحد لشبهة الملك ، وبه قطع ابن الصباغ . والأصح : أنه يبنى على أقوال الملك ، فإن جعلناه له ، فلا حد ، وإلا ، فعليه الحد . ولا أثر للملك المنفعة ، كما لو وطئ الموصى له بالمنفعة الجارية ، وهل الولد ملك أو وقف ؟ فيه الوجهان . وإن وطئ بشبهة ، فلا حد ، والولد حر ، ولا قيمة عليه إن ملكناه ولد الموقوفة ، وإن جعلناه وقفاً اشتري بها عبد آخر ويوقف ، وتصير الجارية أم ولد له إن قلنا : الملك للموقوف عليه ، فتعتق بموته وتؤدى قيمتها من تركته . ثم هل هي لمن ينتقل الوقف إليه بعده ملك ، أم يشتري بها جارية وتوقف ؟ فيه خلاف نذكره في قيمة العبد الموقوف إذا قُتل ، ولا مهر على الموقوف عليه بحال ، لأنه لو وجب لوجب له .

الحال الثالث : أن يطأها الواقف . فإن لم يكن الوطاء بشبهة تفرع على الخلاف في الملك . فإن لم نجعل الملك له ، فعليه الحد ، والولد رقيق . وفي كونه ملكاً أو وقفاً ، الوجهان . ولا تكون الجارية أم ولد له . وإن جعلنا الملك له ، فلا حد . وفي نفوذ الاستيلاء إن أولدها الخلاف في استيلاء الراهن ، لتعلق حق الموقوف عليه بها ، وهذا أولى بالمنع . وإن وطئ بشبهة ، فلا حد ، والولد حر نسب وعليه قيمته ، وفيما يفعل بها الوجهان . وتصير أم ولد له ، إن ملكناه ، تعتق بموته وتؤخذ قيمتها من تركته ، وفيما يفعل بها الخلاف .

فرع

في تزويج الموقوفة ، وجهان . أحدهما : المنع لما فيه من النقص ، وربما مات من الطلق ، فيفوت حق البطن الثاني . وأصحها : الجواز ، تحصيناً لها وقياساً على الاجارة . فملى هذا ، إن قلنا : الملك للموقوف عليه ، فهو الذي تزوجها ولا يحتاج إلى إذن أحد . وإن قلنا : لله سبحانه وتعالى ، زوجها السلطان ويستأذن الموقوف عليه ، وكذا إن قلنا : الملك للواقف ، زوجها باذن الموقوف عليه ، هذا كلام الجمهور . وحكى النزالي وجهين ، في أن السلطان هل يستأذن الموقوف عليه ، وفي أنه هل يستأذن الواقف أيضاً ؟ ويلزم مثله في استئذان الواقف إذا زوج الموقوف عليه ، والمهر للموقوف عليه بكل حال . ولدها من الزوج للموقوف عليه ملكاً أو وفقاً ؟ على الخلاف السابق . .

قلت : ولو طلبت الموقوفة التزويج ، فلمم الامتناع . والله أعلم

فرع

ليس للموقوف عليه أن يتزوج الموقوفة إن قلنا : إنها ملكه ، وإلا ، فوجهان . أصحها : المنع احتياطاً ، وعلى هذا لو وقفت عليه زوجته انفسخ النكاح .

فصل

حق تولية أمر الوقف في الاصل للواقف ، فان شرطها لنفسه أو لغيره ، اتبع شرطه ، وأشار في «النهاية» إلى خلاف فيما إذا كان الوقف على معين، وشرط

التولية لاجنبي، هل يتَّبَع شرطه إذا فرعنا على أن الملك في الوقف للموقوف عليه؟ والمذهب:
الاول ، وبه قطع الجمهور . وسواء فرض في الحياة أو أوصى ، فكل منها معمول
به . وإن وقف ولم يشترط التولية لأحد، فثلاثة طرق . أحدها : هل النظر للواقف ،
أم للموقوف عليه ، أم للحاكم ؟ فيه ثلاثة أوجه . والطريق الثاني : يبنى على الخلاف
في ملك الرقبة ، فإن قلنا : هو للواقف ، فالتولية له على الاصح . وقيل : للحاكم ،
لتعلق حق الغير به . وإن قلنا : لله تعالى ، فهي للحاكم . وقيل : للواقف إذا
كان الوقف على جهة عامة ، فإن قيامه بأمر الوقف من تنمة القرية . وقيل : للموقوف
عليه إن كان معيناً ، لأن الغلة والمنفعة له . وإن قلنا : الملك للموقوف عليه ، فالتولية
له . والطريق الثالث قاله كثيرون : التولية للواقف بلا خلاف . والذي يقتضي
كلام معظم الاصحاب : الفتوى به أن يقال : إن كان الوقف على جهة عامة ،
فالتولية للحاكم كما لو وقف على مسجد أو رباط . وإن كان على معين ، فكذلك
إن قلنا : الملك ينتقل إلى الله تعالى . وإن جملناه للواقف ، أو الموقوف عليه ،
فكذلك التولية .

فرع

لا بد من صلاحية المتولي لشغل التولية ، والصلاحية بالأمانة ، والكفاية في التصرف ،
واعتبارهما كاعتبارهما في الوصي والقيم ، وسواء في اشتراطها المنصوب للتولية والواقف
إذا قلنا : هو المتولي عند الاطلاق ، وسواء الوقف على الجهة العامة والاشخاص
المعينين . وقيل : لا تشترط المدالة إذا كان الوقف على معينين ولا طفل فيهم .
فإن خان ، حملوه على السداد . والصواب المعروف هو الاول . حتى لو فوض إلى

موصوف بالامانة والكفاية ، فاختلفت إحداها ، انتزع الحاكم الوقف منه . وقبول المتولي ينبغي أن يجري فيه ما في قبول الوكيل والموقوف عليه .

فرع

وظيفة المتولي المارة ، والاجارة ، وتحصيل الغلة ، وقسمتها على المستحقين ، وحفظ الاصول والغلات على الاحتياط ، هذا عند الاطلاق . ويجوز أن ينصب الواقف متولياً لبعض الأمور دون بعض ، بأن يجعل إلى واحد المارة وتحصيل الغلة ، وإلى آخر حفظها وقسمتها على المستحقين ، أو يشرط لواحد الحفظ واليد ، ولآخر التصرف . ولو فرض إلى اثنين ، لم يستقل أحدهما بالتصرف . ولو قال : وقفت على أولادي على أن يكون النظر لعدلين منهم ، فإن لم يكن فيهم إلا عدل واحد ، ضم إليه الحاكم عدلاً آخر .

فرع

لو شرط الواقف للمتولي شيئاً من الغلة ، جاز ، وكان ذلك أجرة عمله ، فلم يشترط شيئاً ، ففي استحقاقه أجرة عمله بخلاف السابق فيما لو استعمل إنساناً ولم يذكر له أجرة . ولو شرط للمتولي عشر الغلة أجرة لعمله ، ثم عزله ، بطل استحقاقه . وإن لم يتعرض لكونه أجرة ، ففي فتاوى القفال : أنه لا يبطل استحقاقه ، لأن العشر وقف عليه ، فهو كأحد الموقوف عليهم ، ويجوز أن يقال : إذا أثبتنا الأجرة بمجرد التفويض ، أخذاً من العادة ، فالعادة تقتضي أن الشروط للمتولي أجرة عمله ، وإن لم يصفه بأنه أجرة ، ويلزم من ذلك بطلان الاستحقاق بالمرء .

فرع

ليس للمتولي أن يأخذ من مال الوقف شيئاً على أن يضمه . ولو فعل ، ضمن .
ولا يجوز ضم الضمان إلى مال الوقف . وإقراض مال الوقف حكمه حكم إقراض
مال الصبي .

فرع

للووقف أن يعزل من ولاء ، وينصب غيره ، كما يعزل الوكيل ، وكأن المتولي
نائب عنه . هذا هو الصحيح ، وبه قال الاصطخري ، وأبو الطيب ابن سلمة . وفي وجهه :
ليس له العزل ، لأن ملكه زال فلا تبقى ولايته عليه ، وبشبهه أن تكون المسألة
مفروضة في التولية بعد تمام الوقف دون ما إذا وقف بشرط أن تكون التولية
لفلان ، لأن في فتاوى البغوي : أنه لو وقف مدرسة على أصحاب الشافعي
رضي الله عنه ، ثم قال لعالم : فوضت إليك تدريسها ، أو اذهب ودرس فيها ، كان له إبداله
بغيره . ولو وقف بشرط أن يكون هو مدرسها ، أو قال حال الوقف : فوضت
تدريسها إلى فلان ، فهو لازم لا يجوز تبديله ، كما لو وقف على أولاده الفقراء ،
لا يجوز التبديل بالاغنياء ، وهذا حسن في صيغة الشرط ، وغير متضح في قوله :
وقفها وفوضت التدريس إليه .

قلت : هذا الذي استحسنته الامام الرافعي ، هو الاصح أو الصحيح . ويتمين
أن تكون صورة المسألة كما ذكر . ومن أطلقها ، فكلامه محمول على هذا . وفي
فتاوى الشيخ أبي عمرو بن الصلاح رحمه الله تعالى : أنه ليس للواقف تبديل من
شُرط النظر له حال إنشاء الوقف وإن رأى المصلحة في تبديله ، ولا حكم له

في ذلك وأمثاله بعد تمام الوقف. ولو عزل الناظر المعين حالة إنشاء الوقف نفسه ، فليس للواقف نصب غيره ، فإنه لا نظر له بعد أن جعل النظر في حالة الوقف لغيره ، بل ينصب الحاكم ناظراً .

وفيها : أنه إذا جعل في حالة الوقف النظر لزيد بعد انتقال الوقف من عمرو إلى الفقراء ، فمزل زيد نفسه قبل انتقاله إلى الفقراء ، لم ينفذ عزله ، ولا يملك الواقف عزل زيد في الحال ولا بعدها كما تقدم .

وفيها : [أنه] ليس للناظر أن يسند ما جعل له من الاسناد قبل مصير النظر إليه .

وفيها : أنه لو شرط النظر للأرشد من أولاد أولاده ، فكان الارشد من أولاد البنات ، ثبت له النظر .

وفيها : أنه إذا شرط النظر للأرشد من أولاده ، فأثبت كل واحد منهم أنه الارشد ، اشتركوا في النظر من غير استقلال إذا وجدت الاهلية في جميعهم . فان وجدت في بعضهم ، اختص بذلك ، لان البنات تعارضت في الارشد ، فتساقطت وبقي أصل الرشد ، فصار كما لو قامت البيئة برشد الجميع من غير تفصيل ، وحكمه التشريك لعدم الزية . وأما عدم الاستقلال ، فكما لو أوصى إلى شخصين مطلقاً . وفيها : أنه لو كان له النظر على مواضع في بلدان ، فأثبت أهلية نظره في مكان منها ، ثبت أهليته في باقي الاماكن من حيث الامانة ، ولا تثبت من حيث الكفاية ، إلا أن تثبت أهليته للنظر في سائر الوقوف . والله أعلم

فرع

في فتاوى البغوي : أنه لا يبدل بعد موت الواقف القيم الذي نصبه ، كأنه يجعل بعد موته كالوصي .

فصل

نفقة العبد والبهيمة الموقوفين من حيث شرط الواقف ، فإن لم يشرط ، ففي الأكساب وعوض المنافع . فإن لم يكن العبد كاسباً ، أو تعطل كسبه ومنافعه لزمانة أو مرض ، أو لم يف كسبه بنفقته ، بني على أقوال الملك . فإن قلنا : الملك للموقوف عليه ، لزمه النفقة . وإن قلنا : لله تعالى ، ففي بيت المال كما لو أعتق من لا كسب له . وإن قلنا : الواقف ، فهي عليه . فإذا مات ، ففي بيت المال ، قاله المتولي ، لأن التركة انتقلت إلى الورثة ، والرقبة لم تنتقل إليهم ، فلا يلزمهم النفقة . وقياس قولنا : أن رقبة الوقف للواقف ، انتقلها إلى وارثه ، وإذا مات ، فثبته تجهيزه كنفقته . وأما المقار الموقوف ، فنفقته من حيث شرط . فإن لم يشرط ، فمن غلته . فإن لم يكن غلة ، لم يجب على أحد عمارته كالملك المطلق ، بخلاف الحيوان تصان روحه .

فصل

للووقف ولمن ولائه الواقف إجارة الوقف . وإذا لم ينصب الواقف للتولية أحداً ، فالخلاف فيمن له التولية قد سبق ، فإن قلنا : المتولي هو الحاكم ، فهو الذي يؤجره ، وإن قلنا : إنه الموقوف عليه بناءً على أن الملك له ، يمكن من الإجارة على الصحيح . فإن كان الموقوف عليه جماعة ، اشتركوا في الإيجار ، فإن كان فيهم طفل ، قام وليه

مقامه . والثاني : لا ، لانه ربما مات في المدة فيكون تصرفه في نصيب غيره . فان كان الواقف جعل لكل بطن منهم الاجارة ، فلهم الاجارة قطعاً . وإذا أجر الموقوف عليه بحكم الملك وجوزناه ، فزادت الاجرة في المدة ، أو ظهر طالب بالزيادة ، لم يتأثر العقد به ، كما لو أجر المطلق . ولو أجر المتولي بحكم التولية ، ثم حدث ذلك ، فكذلك الحكم على الاصح ، لان العقد جرى بالقبضة في وقته ، فأشبه ما إذا باع الولي مال الطفل ثم ارتفعت القيمة بالاسواق ، أو ظهر طالب بالزيادة . والثاني : يفسخ العقد ، لانه بان وقوعه ، بخلاف القبضة في المستقبل . والثالث : إن كانت الاجارة سنة فما دونها ، لم يتأثر العقد . وإن كانت أكثر ، فالزيادة مردودة ، وبه قطع أبو الفرج الزَّاز في « الاسامي » .

فصل

إذا اندرس شرط الواقف ، ولم تعرف مقادير الاستحقاق ، أو كيفية الترتيب بين أرباب الوقف ، قسمت الغلة بينهم بالسوية . وحكى بعض المتأخرين أن الوجه : التوقف إلى اصطلاحهم ، وهو القياس . ولو اختلف أرباب الوقف في شرط الوقف ، ولا بينة ، جمعت الغلة بينهم بالسوية . فان كان الواقف حياً ، رجع إلى قوله ، كذا ذكره صاحب « المذهب » و « التهذيب » . ولو قيل : لا رجوع إلى قوله ، كما لارجوع إلى قول البائع إذا اختلف المشتريان منه في كيفية الشراء ، لما كان بعيداً .

قلت : الصواب : الرجوع إليه ، والفرق ظاهر . وقولهم : جعل بينهم ، هو فيما إذا كان في أيديهم ، أو لا يد لواحد منهم . أما لو كان في يد بعضهم ، فالقول قوله . قال الغزالي وغيره . فان لم يُعرف أرباب الوقف ، جعلناه كوقف مطلق لم يذكر مصرفه ، فيصرف إلى تلك المصارف . والله أعلم

فصل

في تعطل الموقوف واختلال منافعه

وله سببان .

[السبب] الأول : أن يحصل بسبب مضمون ، بأن يُقتل العبد الموقوف . فإما أن لا يتعلق بقتله قصاص ، وإما أن يتعلق .

الضرب الأول : ينظر فيه ، هل القاتل أجنبي ، أم الموقوف عليه ، أم الواقف .

الحال الأول : إذا قتله أجنبي ، لزمه قيمته . وفي مصرفها طريقان .

أحدهما : تخريجها على أقوال ملك الرقة ، وإن قلنا : لله تعالى ، اشترى بها عبداً يكون وقفاً مكانه ، فإن لم يوجد ، فبعض عبد . وإن قلنا : للموقوف عليه أو الواقف ، فوجهان . أصحابها : كذلك لا يتعطل غرض الواقف وحق باقي البطون . والثاني : يصرف ملكاً إلى من حكنا له بملك الرقة ، وبطل الوقف .

والطريق الثاني : القطع بأنه يشتري بها عبد يكون وقفاً . والأصحاب متفقون على أن الفتوى بأنه يشتري عبد . وإذا اشترى عبد وفضل شيء من القيمة ، فهل يعود ملكاً للواقف ، أم يصرف إلى الموقوف عليه ؟ وجهان في فتاوى القفال رحمه الله تعالى .

قلت : الوجهان معاً ضعيفان ، والختار أنه يشتري به شقص عبد ، لأنه بدل جزء من الموقوف ، والتفريع على وجوب شراء عبد . والله أعلم

ثم العبد الذي يحمل بدلاً ، يشتره الحاكم إن قلنا : الملك في الرقة لله تعالى . وإن

قلنا : للموقوف عليه ، فالموقوف عليه . وإن قلنا : للواقف ، فوجهان ، ذكره أبو العباس الروياني في « الجرجانيات » . ولا يجوز للمتلّف أن يشتري العبد ويقيمه مقام الأول ، لأن من ثبت في ذمته شيء ، ليس له استيفاءه من نفسه لغيره .

فرع

العبد المشتري ، هل يصير وقفاً بالشراء ، أم لا بد من وقف جديد ؟ وجهان جاريان في بدل الرهون إذا أتلّف . وبالثاني قطع المتولي ، وقال : الحاكم هو الذي ينشئ الوقف ، ويشبه أن يقال : من يباشر الشراء يباشر الوقف .

قلت : الأصح : أنه لا بد من إنشاء الوقف فيه ، ووافق المتولي آخرون .
وانتدأعلم

فرع

لا يجوز شراء عبد بقيمة الجارية ، ولا عكسه . وفي جواز شراء الصغير بقيمة الكبير وعكسه ، وجهان حكاهما في « الجرجانيات » .
قلت : أقواهما : المنع ، لاختلاف الغرض بالنسبة إلى البطون من أهل الوقف .
وانتدأعلم

الحال الثاني والثالث : إذا قتله الموقوف عليه أو الواقف ، فإن صرفنا القيمة إليه في الحالة الأولى ملكاً ، فلا قيمة عليه إذا كان هو القاتل ، وإلا ، فالحكم والتفريع كالحالة الأولى .

الضرب الثاني : ما يتعلق به القصاص ، فإن قلنا : الملك للواقف أو الموقوف عليه ، وجب القصاص ويستوفيه المالك منها . وإن قلنا : لله تعالى ، فهو كمبيد بيت المال . والأصح : وجوب القصاص ، قاله المتولي ، ويستوفيه الحاكم .

فرع

حكم أروش الأطراف والجنايات على العبد الموقوف فيما دون النفس حكم قيمته في جميع ما ذكرناه ، هذا هو الصحيح . وفي وجهه : يصرف إلى الموقوف عليه على كل قول كالمهر والأكساب .

فرع

إذا جنى العبد الموقوف جناية موجبة للقصاص ، فلمستحق الاستيفاء . فإن استوفى ، فإن الوقف كموته . وإن عفا على مال ، أو كانت موجبة للمال ، لم يتعلق برقبته ، لتعذر بيع الوقف ، لكن يفدى كأم الولد إذا جنت . فإن قلنا : الملك للواقف ، فداء ، وإن قلنا : لله تعالى ، فهل يفديه الواقف ، أم بيت المال ، أم يتعلق بكسبه ؟ فيه أوجه . أصحها : أولها . وإن قلنا : للموقوف عليه ، فداء على الصحيح الذي قطع به الجمهور . وقيل : على الواقف . وقيل : إن قلنا : الوقف لا يفتقر إلى القبول ، فعلى الواقف ، وإلا ، فعلى الموقوف عليه . وحيث أوجبنا الفداء على الواقف ، فكان ميتاً ، ففي «الجرجانيات» أنه إن ترك مالا ، فعلى الوارث الفداء . وقال المتولي : لا يفدى من التركة ، لأنها انتقلت إلى الوارث . فعلى هذا [هل] يتعلق بكسبه ، أم ببيت المال كالحرم المعسر الذي لا عاقلة له ؟ وجهان . ولو مات العبد عقب الجناية بلا فصل ، ففي سقوط الفداء وجهان . أحدهما : نعم ، كما لو جنى القن ثم مات . وأصحها : لا ، وبه

قال ابن الحداد . ويجري الخلاف ، فيما إذا جنت أم الولد وماتت ، وتكرّر الجنّة من المبد الموقوف كتكرّرها من أم الولد .

قلت : وحيث أوجبنا الأرض في جهة ، وجب أقل الأمرين من قدر قيمته والأرض ، كذا صرح به الأصحاب ، منهم صاحب «المهذب» و « التهذيب » . وأما قول صاحب « البيان » : إذا أوجبنا على الموقوف عليه تعين الأرض ، فشاذ باطل .

والله أعلم

السبب الثاني: أن يحصل التمثل بسبب غير مضمون. فان لم يبق شيء منه ينتفع به ، بأن مات الموقوف ، فقد فات الوقف . وإن بقي ، كشجرة جفت ، أو قلعها الريح ، فوجهان . أحدهما : ينقطع الوقف كموت المبد . فعلى هذا ، ينقلب الخطب ملكاً للواقف . وأصحبها : لا ينقطع . وعلى هذا ، وجهان . أحدهما : يباع ما بقي ، لتعذر الانتفاع بشرط الواقف . فعلى هذا ، الثمن كقيمة التلّف . فعلى وجه : يصرف إلى الموقوف عليه ملكاً . وفي وجه : يشتري به شجرة ، أو شقص شجرة من جنسها ، لتكون وقفاً . ويجوز أن يشتري به ودي^(١) يفرس موضعها . وأصحبها : منع البيع . فعلى هذا ، وجهان . أحدهما : ينتفع باجارته جذعاً لإدامة الوقف في عينه . والثاني : بصير ملكاً للموقوف عليه ، واختار المتولي وغيره الوجه الأول إن أمكن استيفاء منفعة منه مع بقائه ، والوجه الثاني إن كانت منفعة في استهلاكه .

فرع

زمانة الدابة الموقوفة ، كجفاف الشجرة .

قلت : هذا إذا كانت الدابة مأكولة ، فانه يصح بيعها للحمها ، فان كانت غير

(١) الودي على وزن فعيل : صغار الفسيل ، الواحدة : ودية .

مأكولة ، لم يجيء الخلاف في بيعها ، لأنه لا يصح بيعها إلا على الوجه الشاذ في صحة بيعها اعتماداً على جلدائها . والله أعلم

فرع

حصر المسجد إذا بليت ، ونخاعة أخشابه إذا نخرت ، وأستار الكعبة إذا لم يبق فيها منفعة ولا جمال ، في جواز بيعها وجهان . أصحها : تباع ، لئلا تضيع وتضيّق المكان بلا فائدة . والثاني : لا تباع ، بل تترك بحالها أبداً . وعلى الاول ، قالوا : يصرف ثمنها في مصالح المسجد . والقياس : أن يشتري بثمر الحصر حصير ، ولا يصرف في مصالحة أخرى ، ويشبه أن يكون هو المراد باطلائهم . وجذع المسجد المنكسر إذا لم يصلح لشيء سوى الاحراق ، فيه هذا الخلاف . وإن أمكن أن يتخذ منه ألواح أو أبواب ، قال التولي : يجتهد الحاكم ويستعمله فيما هو أقرب إلى مقصود الواقف . ويجري الخلاف في الدار المنهدمة ، وفيما إذا أشرف الجذع على الانكسار والدار على الانهدام . قال الامام : وإذا جوزنا البيع ، فالاصح صرف الثمن إلى جهة الوقف . وقيل : هو كقيمة المتلف ، فيصرف إلى الموقوف عليه ملكاً على رأيي ، وإذا قيل به ، فقال الموقوف عليه : لا تبعوها واقلبوها إلى ملكي ، فلا يجاب على المذهب ، ولا تنقلب عين الوقف ملكاً ، وقيل : تنقلب ملكاً بلا لفظ .

فرع

لو انهدم المسجد ، أو خربت المحلّة حوله وتفرق الناس عنها فتمطل المسجد ،

لم يعد ملكاً بحال ، ولا يجوز بيعه ، لا مكان عوده كما كان ؛ ولأنه في الحال يمكن الصلاة فيه . ثم المسجد المعطل في الموضع الخراب ، إن لم يخف من أهل الفساد نقضه ، لم ينقض . وإن خيف ، نقض وحفظ وإن رأى الحاكم أن يعمر بنقضه (١) مسجداً آخر ، جاز ، وما كان أقرب إليه ، فهو أولى ، ولا يجوز صرفه إلى عمارة بئر أو حوض ، وكذلك البئر الموقوفة إذا خربت ، يصرف نقضها إلى بئر أخرى أو حوض ، لا [إلى] المسجد ، ويراعى غرض الواقف ما أمكن .

فرع

جميع ما ذكرناه في حصر المسجد ونظائرها ، هو فيما إذا كانت موقوفة على المسجد . أما ما اشتراه الناظر للمسجد ، أو وهبه له واهب ، وقبله الناظر ، فيجوز بيعه عند الحاجة بلا خلاف ، لأنه ملك ، حتى إذا كان المشتري للمسجد شقصاً ، كان للشريك الأخذ بالشفعة . ولو باع الشريك ، فللناظر الأخذ بالشفعة عند الغبطة ، هكذا ذكروه .

قلت : هذا إذا اشتراه الناظر ولم يقفه . أما إذا وقفه ، فانه يصير وفقاً قطعاً ، وتجري عليه أحكام الوقف . والله أعلم

فرع

لو وقف على ثمر ، فاتسمت خطة الاسلام حوله ، تحفظ غلة الوقف ، لاحتمال عوده ثمرأ .

(١) النقض على وزن قفل : اسم للبناء المقوض إذا هدم ، وقال بعضهم : النقض بكسر النون .

فرع

قال أبو عاصم العبادي : لو وقف على قنطرة ، فانخرق الوادي وتمطلت تلك القنطرة واحتيج إلى قنطرة أخرى ، جاز النقل إلى ذلك الموضع .

فرع

إذا خرب العقار الموقوف على المسجد وهناك فاضل من غلته ، بديء منه بهمة العقار .

فرع

قال ابن كج : إذا حصل مال كثير من غلة المسجد ، أعد منه قدر ما لو خرب المسجد أعيدت به الهمة ، والزائد يشتري به للمسجد ما فيه زيادة غلة . وفي فتاوى القفال : أن الموقوف لهمة المسجد لا يشتري به شيء أصلاً ، لأن الواقف وقف على الهمة .

فصل

في مسائل منشورة تتعلق بالباب

إحداها : وقف على الطالبين ، وجوزناه ، كفي الصرف إلى ثلاثة ، ويجوز أن يكون أحدهم من أولاد علي ، والثاني من أولاد جعفر ، والثالث من أولاد عقيل ،

رضي الله عنهم . ولو وقف على أولاد علي وأولاد عقيل وأولاد جعفر رضي الله عنهم ، فلا بد من الصرف إلى ثلاثة من كل صنف .

الثانية : وقف شجرة ، ففي دخول المغرس وجهان ، وكذا حكم الأساس مع البناء .

الثالثة : وقف على عمارة المسجد ، لا يجوز صرف الغلة إلى النقش والتزويق ، وذكر في « المدة » أنه يجوز دفع أجرة القيم منه ، ولا يجوز صرف شيء منه إلى الامام والمؤذن ، والفرق أن القيم يحفظ العمارة . قال : ويجوز أن يشتري منه البواري ، ولا يشتري الدهن على الأصح . والذي ذكره البغوي وأكثر من تعرض للمسألة : أنه لا يشتري منه الدهن ولا الحصير . والتجصيص الذي فيه إحكام ، معدود من العمارة . وإذا وقف على عمارة المسجد ، جاز أن يشتري منه سلّم لصعود السطح ، ومكانس يكتسبها ، ومساحي انقل التراب ، لأن ذلك كله لحفظ العمارة . ولو كان يصيب بابه المطر ويفسده ، جاز بناء ظلّة منه ، وينبغي أن لا يضر بالعمارة . ولو وقف على مصلحة المسجد ، لم يجز النقش والتزويق ، ويجوز شراء الحصر والدهن ، والقياس جواز الصرف إلى الامام والمؤذن أيضاً . والموقوف على الحشيش والسقف ، لا يصرف إلى الحصير ولا بالعكس ، والموقوف على أحدهما لا يصرف إلى اللبود ولا بالعكس . ولو وقف على المسجد مطلقاً ، وجوزناه ، قال البغوي : هو كالوقف على عمارة المسجد . وفي « الجرجانيات » في جواز الصرف إلى النقش والتزويق في هذه الصورة وجهان . وفي فتاوى النزالي : أنه يجوز هنا صرف الغلة إلى الامام والمؤذن ، وأنه يجوز بناء منارة للمسجد ، ويشبه أن يجوز بناء المنارة من الموقوف على عمارة المسجد أيضاً . ولو وقف على النقش والتزويق ، فوجهان قربان من الخلاف في جواز تحلية المصحف .

قلت : الأصح : لا يصح الوقف على النقش والتزويق ، لأنه منهي عنه .
والله أعلم

الرابعة : إذا قال المتولي : أنفقت كذا ، فالظاهر قبول قوله عند الاحتمال .
الخامسة : لا يجوز قسمة العقار الموقوف بين أرباب الوقف . وقال ابن القطان :
إن قلنا : القسمة إفراز ، جاز ، فإذا انقرض البطن الأول ، انقضت القسمة ، ويجوز
لأهل الوقف المهابأة ، قاله ابن كج .

السادسة : لا يجوز تغيير الوقف عن هيئته ، فلا تجعل الدار بستاناً ولا حماماً ،
ولا بالعكس ، إلا إذا جعل الواقف إلى الناظر ما يرى فيه مصلحة للوقف . وفي
فتاوى الفقهاء : أنه يجوز أن يجعل حانوت القصارين للخبازين ، فكأنه احتمل تغيير
النوع دون الجنس . ولو هدم الدار أو البستان ظالم ، أخذ منه الضمان وبني به
أو غرس ليكون وفقاً لمكان الأول . ولو انهدم البناء وانقلعت الأشجار ، استغلت
الأرض بالأجارة لمن يزرعها أو يضرب فيها خيامه ، ثم تبنى وتفرس من غلتها ،
ويجوز أن يقرض الامام الناظر من بيت المال ، أو يأذن له في الاقتراض أو الانفاق
من مال نفسه على المهارة بشرط الرجوع ، وليس له الاقتراض دون إذن الامام .
السابعة : لو تلف الموقوف في يد الموقوف عليه من غير تعدٍ ، فلا ضمان عليه .

قلت : ومن ذلك الكيزان المسبلة على أحواض الماء والانهر ونحوها ، فلا ضمان
على من تلف في يده شيء منها بلا تعد . فان تعدى ، ضمن ، ومن التعدي ،
استعماله في غير ما وقف له . والله أعلم

الثامنة : لو انكسر الرجل والطنجير الموقوفان ، ووجد متبرع بالاصلاح ،
فذاك ، وإلا ، اتخذ منه أصغر وأنفق الباقي على إصلاحه . فان لم يمكن اتخاذ رجل

وطنجير ، اتخذ منه ما يمكن من قصعة ومفرقة وغيرها ، ولا حاجة هنا إلى إنشاء وقفه ، فانه غير الموقوف . .

التاسعة : الوقف على الفقراء ، هل يختص بفقراء بلد الواقف ؟ فيه الخلاف المذكور فيما لو أوصى للفقراء . وهل يجوز الدفع [منه] إلى فقيرة لها زوج يمونها؟ فيه خلاف سبق في أول قسم الصدقات .

قلت : سبق هناك ، أن الأصح أنه لا يدفع إليها ولا إلى الابن المكفي بنفقة أبيه ، قال صاحب « المعايه » : ولو كان له صنعة يكتسب بها كفايته ولا مال له ، استحق [الوقف] باسم الفقر قطعاً . وفي هذا الذي قاله احتمال . والله أعلم

العاشرة : سئل الحناطي عن شجرة تنبت في المقبرة ، هل يجوز للناس الأكل من ثمرها ؟ فقال : قيل : يجوز ، وعندى الأولى أن تصرف في مصالح المقبرة . قلت : المختار : الجواز . والله أعلم

وسئل عن شجرة غرسها رجل في المسجد ، فقال : إن غرسها للمسجد ، لم يجوز أكل ثمرها بلا عوض ، ويجب صرف عوضها في مصالح المسجد ، وينبغي أن لا تنرس الأشجار في المسجد .

قلت : وإن غرسها مسئلة للأكل ، جاز أكلها بلا عوض ، وكذا إن جهلت نيته حيث جرت العادة به ، وسبق في كتاب الصلاة أنها تطلع . والله أعلم

الحادية عشرة : قال الائمة : إذا جمل البقعة مسجداً ، فكان فيها شجرة ، جاز للامام قلعها باجتهاده . وبماذا ينقطع حق الواقف عن الشجرة ؟ قال النزالي في « الفتاوى » : مجرد ذكر الارض لا يخرج الشجرة عن ملكه كبيع الارض ،

وحينئذٍ لا يكلف تفريغ الأرض ، ولك أن تقول : في استتباع الأرض للشجر في البيع قولان . وإذا قال : جملة هذه الأرض مسجداً ، فلا تدخل الشجرة قطعاً ، لأنها لا تجمل مسجداً . ولو جمل الأرض مسجداً ، ووقف الشجرة عليها ، فعلى هذه الصورة ونحوها ينزل كلام الأصحاب .

الثانية عشرة : أفتى الغزالي بأنه يجوز وقف الستور لتستر بها جدران المسجد ، وينبغي أن يجيء فيه الخلاف السابق في النقش والتزيق .

الثالثة عشرة : لو وقف على دهن السراج للمسجد ، جاز وضعه في جميع الليل ، لأنه أنشط للمصلين .

قلت : إنما يسرج جميع الليل إذا انتفع به من في المسجد كصلٍ ونائم وغيرهما . فإن كان المسجد مغلقاً ليس فيه أحد ، ولا يمكن دخوله ، لم يسرج ، لأنه إضاءة مال .

والله أعلم

كتاب الهبة

قسم الشافعي رضي الله عنه المطايا ، فقال : تبرع الانسان بماله على غيره ؛ ينقسم إلى معلق بالموت [وهو] الوصية ، وإلى منجز في الحياة ، وهو ضربان . أحدهما : تملك محض ، كالهبات والصدقات . والثاني : الوقف .

والتملك المحض : ثلاثة أنواع : الهبة ، والهدية ، وصدقة التطوع . وسبيل ضبطها أن نقول : التملك لابعوض هبة . فإن انضم إليه حمل الموهوب من مكان إلى مكان الموهوب له إعظماً له أو إكراماً ، فهو هدية ، وإن انضم إليه كون التملك للمحتاج تقريباً إلى الله تعالى ، وطلباً لثواب الآخرة ، فهو صدقة ، فامتياز الهدية عن الهبة بالنقل والحمل من موضع إلى موضع ، ومنه إهداء النعم إلى الحرم ، ولذلك لا يدخل لفظ الهدية في المقار بمال ، فلا يقال : أهدى إليه داراً ، ولا أرضاً ، وإنما يطلق ذلك في المنقولات كالثياب والعبيد ، فحصل من هذا أن هذه الأنواع تفرق بالعموم والخصوص ، فكل هدية وصدقة هبة ، ولا تتمكس . ولهذا لو حلف لايهب ، فتصدق ، حنث ، وبالعكس لا يحنث . واختلفوا في أنه هل يشترط في حد الهدية أن يكون بين المهدي والمهدي إليه رسول أو متوسط ، أم لا ؟ فحكى أبو عبد الله الزبيرى ، فيما إذا حلف لايهدي إليه ، فهو له خاتماً أو نحوه يداً بيد ، هل يحنث ؟ وجهين . والاصح : أنه لا يشترط ، وينتظم أن يقول لمن حضر عنده : هذه هديتي أهديتها لك . وهذه الأنواع الثلاثة مندوب إليها ، وتفرق في أحكام ، وتشترك في أحكام ، وسيأتي بيانها إن شاء الله تعالى .

قلت : قال أصحابنا : وفلها مع الاقارب ومع الجيران أفضل من غيرهم .
وانتأعلم

فرع

ينبغي أن لا يحتقر القليل فيمتنع من إهدائه ، وأن لا يستكف المهدى إليه
عن قبول القليل .
قلت : ويستحب للمهدى إليه أن يدعو للمهدي ، ويستحب للمهدي إذا دعا له
المهدي إليه ، أن يدعو أيضاً له ، وقد أوضحت ذلك مع بيان ما يدعو به في
كتاب « الاذكار » . وانتأعلم

فصل

ويشتمل الكتاب على باين .
أحدهما : في أركان الهبة وشرط لزومها . أما أركانها فأربعة .
[الركن] الاول والثاني : الماقدان، وأمرها واضح .
الركن الثالث : الصيغة . أما الهبة ، فلا بد فيها من الإيجاب والقبول باللفظ ،
كالبيع وسائر التمليكات . وأما الهدية ، ففيها وجهان . أحدهما : يشترط فيها
الإيجاب والقبول ، كالبيع والوصية ، وهذا ظاهر كلام الشيخ أبي حامد والمتلقين
عنه . والثاني : لاجابة فيها إلى إيجاب وقبول باللفظ ، بل يكفي القبض ويملك به ،
وهذا هو الصحيح الذي عليه قرار المذهب ونقله الأئمة من متأخري الاصحاب ،
وبه قطع المنولي والبهقي ، واعتمده الروياني وغيرهم ، واحتجوا بأن الهدايا كانت

تحمّل إلى رسول الله ﷺ فيقبلها ، ولا لفظ هناك ، وعلى ذلك جرى الناس في الأعصار ، ولذلك كانوا يعمّثون بها على أيدي الصبيان الذين لاعبارة لهم .
فإن قيل : هذا كان إباحة لاهدية وتعليكاً ، فجوابه أنه لو كان إباحة ، لما تصرفوا فيه تصرف الملاك ، ومعلوم أن ما قبّله النبي ﷺ ، كان يتصرف فيه ويملكه غيره . ويمكن أن يحمل كلام من اعتبر الإيجاب والقبول على الأمر المشعر بالرضى دون اللفظ ، ويقال : الإشعار بالرضى قد يكون لفظاً وقد يكون فعلاً .

فرع

الصدقة كالهدية بلافق فيما ذكرناه ، وسواء فيما ذكرناه في الهدية الأظعمة وغيرها .

فرع

في مسائل تتعلق بما سبق

إحداها : حيث اعتبرنا الإيجاب والقبول ، لا يجوز التعليق على شرط ، ولا التوقيت على المذهب ، وفيها كلام سنذكره في المُمَرِّى إن شاء الله تعالى ، وكذلك لا يجوز تأخير القبول عن الإيجاب ، بل يشترط التواصل المعتاد كالبيع ، وعن ابن سريج جواز تأخير القبول كما في الوصية ، وهذا الخلاف حكاه كثيرون في الهبة ، وخصه المتولي بالهدية ، وجزم بمنع التأخير في الهبة ، والقياس التسوية بينها . ثم في الهدايا التي يعمّث بها [من] موضع إلى موضع ، وإن اعتبرنا اللفظ والقبول على الفور ، فإما أن يوكل الرسول ليوجب ويقبل المبعوث إليه ، وإما أن يوجب المهدي ويقبل المهدي إليه عند الوصول إليه .

الثانية : إذا كانت الهبة لمن ليس له أهلية القبول ، نظر ، إن كان الواهب أجنبياً ، قبل له من يلي أمره من ولي ووصي وقيّم . وإن كان الواهب ممن يلي أمره ، فإن كان غير الأب والجد ، قبل له الحاكم أو نائبه . وإن كان أباً أو جداً ، تولى الطرفين . وهل يحتاج إلى لفظي الإيجاب والقبول ، أم يكفي أحدهما ؟ وجهان كما سبق في البيع . قال الامام : وموضع الوجهين في القبول ، ما إذا أنى بلفظ مستقل ، كقوله : اشتريت لطفلي ، أو انتهت له كذا . أما قوله : قبلت البيع والهبة ، فلا يمكن الاختصار عليه بحال .

فرع

لا اعتبار بقبول متعهد الطفل الذي لا ولاية له عليه .

الثالثة : إذا وهب لعبد غيره ، فالعبد قبول العبد . وفي افتقاره إلى إذن سيده خلاف سبق .

الرابعة : وهب له شيئاً فقبل نصفه ، أو وهب له عبيدين ، فقبل أحدهما ، ففي صحته وجهان . والفرق بينه وبين البيع ، أن البيع معاوضة .

الخامسة : غرس أشجاراً وقال عند الغراس : أغرسه لابني ، لم يصر الابن . ولو قال : جعلته لابني وهو صغير ، صار الابن ، لأن هبته له لا تقتضي قبولاً ، بخلاف ما لو جعله لبالغ ، كذا قاله الشيخ أبو عاصم ، وهو ملتفت إلى الانعقاد بالكنايات ، وإلى أن هبة الأب لابنه الصغير يكفي فيها أحد الشقين .

السادسة : لو ختن ابنه واتخذ دعوة ، فحملت إليه هدايا ولم يسم أصحابها الاب ولا الابن ، فهل تكون الهدية ملكاً للأب ، أم لابن ؟ فيه وجهان .

قلت : قطع القاضي حسين في « الفتاوى » بأنه للابن ، وأنه يجب على الأب أن يقبلها لولده ، فإن لم يقبل ، أثم . قال : وكذا وصي وقيّم ، يقبل الهدية والوصية للصغير . قال : فإن لم يقبل الوصي الوصية والهدية ، أثم وانزل لتركه النظر . وفي فتاوى القاضي : أن الشيخ أبا إسحاق الشيرازي قال : تكون ملكاً للأب ، لأن الناس يقصدون التقرب إليه ، وهذا أقوى وأصح . والله أعلم

السابعة : بحث إليه هدية في ظرف ، والمادة في مثلها رد الظرف ، لم يكن الظرف هدية . فإن كان المادة أن لا يرد كقوصرة التمر ، فالظرف هدية أيضاً ، وقد يميز القسمان بكونه مشدوداً فيه وغير مشدود . وإذا لم يكن الظرف هدية ، كان أمانة في يد المهدي إليه ، وليس له استعماله في غير الهدية . وأما فيها ، فإن اقتضت المادة تفريقه ، لزم تفريقه . وإن اقتضت التناول منه ، جاز التناول منه ، قال البغوي : ويكون عارية .

الثامنة : بحث كتاباً إلى حاضر أو غائب ، وكتب فيه أن اكتب الجواب على ظهره ، لزمه رده ، وليس له التصرف فيه ، وإلا ، فهو هدية يملكها المكتوب إليه ، قاله المتولي . وقال غيره : يبقى على ملك الكاتب ، والمكتوب إليه الانتفاع به على سبيل الإباحة .

قلت : هذا الثاني حكاه صاحب « البيان » عن حكاية القاضي أبي الطيب عن بعض الأصحاب ، والأول أصح . والله أعلم

التاسعة : أعطاه درهماً وقال : ادخل به الحمام ، أو دراهم وقال : اشتري بها لنفسك عمامة ونحو ذلك ، ففي فتاوى القفال : أنه إن قال ذلك على سبيل التبسيط المعتاد ، ملكه وتصرف [فيه] كيف شاء . وإن كان غرضه تحصيل

ماعيَّته لما رأى به من الشعث والوسخ ، أو لعلَّه بأنه مكشوف الرأس ، لم يجز صرفه إلى غير ماعيَّته .

قلت : وقال القاضي حسين في « الفتاوى » : وهل يتعين ؟ يحتمل وجهين . قال : ولو طلب الشاهد مركوباً ليركبه في أداء الشهادة ، فأعطاه دراهم ليصرفها إلى مركوب ، هل له صرفها إلى جهة أخرى ؟ وجهان . الصحيح المختار ، ما قاله القفال . قال القاضي : ولو قال : وهبتك هذه الدراهم بشرط أنك تشتري بها خبزاً لتأكله ، لم تصح الهبة ، لأنه لم يطلق له النصرف . والله أعلم

العاشرة : سئل الشيخ أبو زيد رحمه الله تعالى عن رجل مات أبوه ، فبعت إليه رجل ثوباً ليكفَّته فيه ، هل يملكه حتى يمسكه ويكفَّته في غيره ؟ فقال : إن كان الميت ممن يتبرَّك بتكفينه لفقهٍ وورعٍ ، فلا ، ولو كفَّته في غيره ، وجب رده إلى مالكه .

الحادية عشرة : في فتاوى الفزالي : أن خادم الصوفية الذي يتردد في السوق ويجمع لهم شيئاً يأكلونه ، يملكه الخادم ، ولا يلزمه الصرف إليهم ، إلا أن المروءة تقتضي الوفاء بما تصدَّى له ، ولو لم يف ، فلمهم منعه من أن يظهر الجمع لهم والانفاق عليهم . وإنما ملكه لأنه ليس بولي ولا وكيل عنهم ، بخلاف هدايا الختان . قلت : ومن مسائل الفصل ، أن قبول الهدايا التي يجيء بها الصبي المميز ، جائز باتفاقهم ، وقد سبق في كتاب البيع ، وأنه يجوز قبول هدية الكافر ، وأنه يحرم على المبال وأهل الولايات قبول هدية من رعاياهم . والله أعلم

فصل

في العموى والرقبى

أما العموى ، فقوله : أعمرتك هذه الدار مثلاً ، أو جعلتها لك عمرك ، أو حياتك ، أو ماعشت ، أو حييت ، أو بقيت ، وما يفيد هذا المعنى . ثم له أحوال . أحدها : أن يقول مع ذلك : فاذا مت ، فهي لورثتك أو لعقبك ، فيصح وهي الهبة بعينها ، لكنه طوّل العبارة . فاذا مات ، فالدار لورثته ، فإن لم يكونوا ، فلبت المال ، ولا تعود إلى الواهب بحال .

الثاني : يقتصر على قوله : جعلتها لك عمرك ، ولم يتعرض لما سواه ، فقولان . أظهرهما وهو الجديد : أنه يصح ، وله حكم الهبة . والقديم : أنه باطل . وقيل : إن القديم : أن الدار تكون للمعمّر حياته . فاذا مات ، عادت إلى الواهب أو ورثته كما شرط . وقيل : القديم : أنها تكون غارية يستردها متى شاء ، فاذا مات ، عادت إلى الواهب .

الثالث : أن يقول : جعلتها لك عمرك ، فاذا مت عادت إليّ أو إلى ورثتي إن كنت مت . فإن قلنا بالبطان في الحال الثاني ، فهنا أولى . وإن قلنا بالصحة والمواد إلى الواهب ، فكذا هنا . وإن قلنا بالجديد ، فوجهان . أحدهما : البطان . والصحيح : الصحة ، وبه قطع الأكثرون ، وسوّوا بينه وبين حالة الاطلاق ، وكأنهم أخذوا باطلاق الاحاديث الصحيحة وعدلوا به عن قياس الشروط الفاسدة .

وأما الرقبى : فهو أن يقول : وهبت لك هذه الدار عمرك ، على أنك إن مت قبلي عادت إليّ . وإن مت قبلك استقرت لك ، أو جعلت هذه الدار لك رقبى ، أو أرقبتها لك . وحكمها حكم الحال الثالث من العموى ، وحاصله طريقان . أحدهما : القطع بالبطان . وأصحها : قولان . الجديد الأظهر : صحته ، ويلغو الشرط .

فالحاصل أن المذهب صحة العمرى والرقبى في الأحوال الثلاثة ، فإذا صححتها وألفينا الشرط ،
تصرف الم عمر في المال كيف شاء . وإن أبطلنا العقد أو جعلناه عارية ، فلا يخفى
أنه ليس له التصرف بالبيع ونحوه . وإن قلنا بصحة العقد والشرط ، فباع الموهوب
له ثم مات ، فقد ذكر الامام احتمالين . أصحها عنده : لا ينفذ البيع ، لأن مقتضى
البيع التأيد ، وهو لم يملك إلا مؤقتاً ، فكيف يملك غيره ما لم يملكه ؟ والثاني :
ينفذ كبيع المملوق عتقه على صفة ، وبهذا قطع ابن كج وعلمه بأنه ملك في الحال ،
والرجوع أمر يحدث ، وشبهه رجوع نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول . فإذا صححنا
بيعه ، فيشبه أن يرجع الواهب في تركته بالرغم رجوع الزوج إذا طلق بعد خروج
الصداق عن ملكها . قال الامام : وفي رجوع المال إلى ورثة الواهب إذا مات
قبل الموهوب له ، استبعاد ، لأنه إثبات ملك لهم فيما لم يملكه المورث ، لكنه كما لو
نصب شبكة فوق بها صيد بعد موته ، يكون ملكاً للورثة . والصحيح : أنه تركه
تقضى منها ديونه وتنفذ الوصايا .

فرع

قال : جعلت هذه الدار لك عمري أو حياتي ، فوجهان . أحدهما : أنه كقوله :
جعلتها لك عمرك أو حياتك ، لشمول اسم العمرى . وأصحها : البطلان ، لخروجه عن
اللفظ المعتاد ، ولما فيه من تأقيت الملك ، فانه قد يموت الواهب أولاً ، بخلاف العكس ،
فإن الانسان لا يملك إلا مدة حياته ، فلا توقيت فيه . وأجري الخلاف فيما لو قال :
جعلتها لك عمر فلان . وخرج من تصحيح العقد وإلغاء الشرط في هذه الصورة وجه :
أن الشرط الفاسد لا يفسد الهبة ، وطرد ذلك في الوقف . ثم منهم من خص
الخلاف في هذه القاعدة بما هو من قبيل الأوقات ، كقوله : وهبتك أو وقفها سنة .

ومنهم من طرده في كل شرط ، كقوله : وهبتك بشرط أن لا تبعه إذا قبضته ونحو ذلك ، وفرقوا بين البيع والهبة والوقف ، بأن الشرط في البيع يورث جهالة الثمن فيفسد البيع . والمذهب فساد الهبة والوقف بالشروط المفسدة للبيع ، بخلاف العمري ، لما فيها من الأحاديث الصحيحة (١) .

فرع

لو باع على صورة العمري فقال : ملكتكها بمشر عمرك ، قال ابن كج : لا يبعد عندي جوازه تقريباً على الجديد . وقال أبو علي الطبري : لا يجوز .

فرع

لا يجوز تعليق العمري ، كقوله : إذا مات أو قدم فلان أو جاء رأس الشهر فقد أعمرتك هذه الدار ، أو فهي لك عمرك . فلو علق بموته فقال : إذا مت* فهذه الدار لك عمرك ، فهي وصية تعتبر من الثلث . فلو قال : إذا مت* فهي لك

(١) منها ، قوله صلى الله عليه وسلم : « العمري ميراث لأهلها » أو قال : « جائزة » متفق عليه عن أبي هريرة رضي الله عنه . وعن جابر رضي الله عنه قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالعمري لمن وهبت له . متفق عليه . وعن جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أيما رجل أعمر عمري له ولعقبه ، فإنها للذي أعطيا ، لا ترجع إلى الذي أعطاهما ، لانه أعطى عطاء وقت فيه المواريث » رواه مسلم . وعن جابر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أمسكو عليكم أموالكم ، ولا تفسدوها ، فانه من أعمر عمري ، فهي للذي أعمرها حياً وحيثاً ، ولعقبه » رواه مسلم . وانظر « شرح مسلم » للمصنف ١١ / ٦٨ ، و « فتح الباري » للحافظ ابن حجر ٥ / ١٧٦ « ونيل الأوطار » للشوكاني ٦ / ١١٧ .

عمرک ، فاذا متۃ عادت إلى ورتي ، فهي وصية بالعمري على صورة الحالة الثالثة .

فرع

جعل رجلان كل واحد منها داره للآخر عمره ، على أنه إذا مات قبله ، عادت إلى صاحب الدار ، فهذه رقبى من الجانبين .

فرع

قال : داري لك عمرک ، فاذا متۃ فهي لزيد ، أو عبدي لك عمرک ، فاذا متۃ فهو حرۃ ، صحت العمري على قوله الجديد ، ولغا المذكور بعدها .

الركن الرابع : الموهوب ، فما جاز بيعة ، جازت هبته ، ومالا ، فلا ، هذا هو الغالب . وقد يختلفان ، فتجوز هبة المشاع سواء المنقسم وغيره ، وسواء وهبه للشريك أو غيره ، وتجاوز هبة الأرض المزروعة مع زرعها ودون زرعها وعكسه .

فرع

لو وهب لائنين ، فقبل أحدهما نصفه ، فوجهان كالبيع . وقطع صاحب «الشامل» بالتصحيح .

فرع

لا تصح هبة المجهول ، ولا الآبق والضالۃ ، وتجاوز هبة الفصوب لغير الغاصب إن قدر على الانتزاع ، وإلا ، فوجهان . وأما هبته للغاصب ، فتقد ذكرناها في

كتاب الرهن . وتجوز هبة المستعار لغير المستعير . ثم إذا قبض الموهوب له بالأذن، برئ الناصب والمستعير من الضمان ، وتجوز هبة المستأجرة إذا جوزنا بيعها ، وإلا، ففيها الوجها ن . ثم قال الشيخ أبو حامد وغيره : ولو وكل الموهوب له الناصب أو المستعير أو المستأجر في قبض ما في يده من نفسه ، وقبيل ، صح . وإذا مضت مدة ينأى فيها القبض، برئ الناصب والمستعير من الضمان، وهذا يخالف الأصل المشهور في أن الشخص لا يكون قابضاً مقبضاً ، وفي هبة الموهون وجها ن . إن صححناها ، انتظرنا ، فإن بيع في الرهن ، بأن بطلان الهبة . وإن فك الرهن ، فللواهب الخيار في الاقباض . ويجري الوجها ن في هبة الكلب ، وجلد الميتة قبل الدباغ ، والخمر المحترمة . والأصح من الوجها ن في هذه الصور كلها البطلان ، قياساً على البيع . والثاني : الصحة ، لأنها أخف من البيع . قال الامام : من صحح فيها ، فحقه تصحيحها في المجهول والآبق كالوصية .

فرع

إذا وهب الدين لمن هو عليه ، فهو إبراء ، ولا يحتاج إلى القبول على المذهب . وقيل : يحتاج اعتباراً باللفظ . وإن وهبه لغير من هو عليه ، لم يصح على المذهب وقيل : في صحته وجها ن ، كرهن الدين . فإن صححنا ، ففي افتقار لزومها إلى قبض الدين ، وجها ن . فإن قلنا : لا يفتقر ، فهل يلزم بنفس الايجاب والقبول كالحالة ؟ أم لابد من إذن جديد ويكون ذلك كالتخلية فيما لا يمكن نقله ؟ وجها ن .

فرع

رجل عليه زكاة وله دين على مسكين ، فوهب له الدين بنية الزكاة ، لم يقع الموقع ، لأنه إبراء وليس بتمليك . وإقامة الإبراء مقام التملك لإبدال ، وذلك لا يجوز

في الزكاة، هكذا قال صاحب « التقریب » . ولك أن تقول :ذكروا وجهين في أن هبة الدين عن عليه [الدين] تنزل منزلة التملك، أم هو محض إسقاط؟ وعلى هذا خرج اعتبار القبول فيها. فإن قلنا : تملك ، وجب أن يقع الموقع. ولو كان الدين على غير المسكين ، فوهبه للمسكين بنية الزكاة ، وقلنا : تصح الهبة ولا يعتبر القبض ، أجزأه عن الزكاة ، ويطالب المسكين والمديون.

فصل

وأما شرط لزوم الهبة ، فهو القبض ، فلا يحصل الملك في الموهوب والهبة إلا بقبضها ، هذا هو المشهور. وفي قول قديم : يملك بالعقد كالوقف. وفي قول مخرج: الملك موقوف ، فإن قبض ، تبين أن ملك بالعقد. ويتفرع على الأقوال أن الزيادة الحادثة بين العقد والقبض ، لمن تكون ؟ ولو مات الواهب أو الموهوب له بعد العقد وقبل القبض ، فوجهان . وقيل : قولان. أحدهما : ينفسخ العقد ، لجوازه ، كالشركة والوكالة. وأصحها : لا ينفسخ ، لأنه يؤول إلى الزوم ، كالبيع الجائر، بخلاف الشركة. فعلى هذا، إن مات الواهب تخير الوارث في الاقباض . وإن مات الموهوب له ، قبض وارثه إن أقبضه الواهب . ويجري الخلاف في جنون أحدهما وإغمائه . قلت : قال البغوي : ويقبض بعد الافاقة منها ، ولا يصح القبض في حال الجنون والاعماء . والله أعلم

فرع

القبض المحصل للملك ، هو الواقع باذن الواهب ، فهو قبض بلا إذنه ، لم يملكه ،

ودخل في ضمانه ، سواء قبض في مجلس المقد أو بعده . ولو كان الموهوب في يد الموهوب له ، فحكمه ماسبق في كتاب الرهن . ولو أذن في القبض ، ثم رجع عنه قبل القبض ، صح رجوعه ، فلا يصح القبض بعده . وكذا لو أذن ، ثم مات الآذن أو المأذون له قبل القبض ، بطل الاذن .

فرع

بث هدية إلى إنسان ، فمات المهدى إليه قبل وصولها إليه ، بقيت الهدية المهدى . ولو مات المهدى ، لم يكن للرسول حملها إلى المهدى إليه ، وكذا المسافر إذا اشترى لأصدقائه هدايا ، فمات قبل وصولها إليهم ، فهي له تركه .

فرع

كيفية القبض في العقار والمنقول ، كما سبق في البيع . وحكي هنا قولاً ، أن التخلية في المنقول قبض . قال المتولي : لاجريان له هنا ، لأن القبض هناك مستحق ، والمشتري المطالبة به ، فجعل التمكين قبضاً ، وفي الهبة غير مستحق ، فاعتبر تحقيقه ولم يكف بالوضع بين يديه .

قلت : فلو كان الموهوب مشاعاً ، فإن كان غير منقول ، فقبضه بالتخلية ، وإن كان منقولاً ، فقبضه بقبض الجميع . قل أصحابنا : صاحب « الشامل » وآخرون : فيقال للشريك ليرضى بتسليم نصيبه أيضاً إلى الموهوب له ، ليكون في يده وديعة حتى يتأثى القبض ثم يرد إليه . فإن فعل ، [فقبض الموهوب الجميع ، ملك . وإن

امتنع ، قيل للموهوب له : وكل الشريك في القبض لك . فأت فمل [(١) نقله
الشريك وقبضه له . فان امتنعا ، نصب الحاكم من يكون في يده لها فينقله ليحصل
القبض ، لأنه لا ضرر في ذلك عليها .] والله أعلم [

فرع

لو أتلّف المتب الموهوب ، لم يصر قابضاً ، بخلاف المشتري إذا أتلّف البيع ،
والفرق ماسبق في الفرع قبله . ولو أذن الواهب للموهوب له في أكل طعام الموهوب ،
فأكله ، أو في إعتاق الموهوب ، فأعتقه ، أو أمر الموهوب له الواهب باعتاقه ، فأعتقه ،
كان قابضاً .

فرع

لو باع الواهب الموهوب قبل الاقباض ، حكى الشيخ أبو حامد : أنه إن كان
يعتقد أن الهبة غير لازمة ، صح بيعه وبطلت الهبة . وإن اعتقد لزومها وحصول
الملك بالعقد ، ففي صحة بيعه قولان ، كمن باع مال أبيه يظن أنه حي (٢) ،
فبان ميتاً .

(١) في هامش نسخة الظاهرية عند هذا الكلام الذي ضمنه ابن قوسين ، وهو موجود في الاصل مانصه :
هذه الزيادة ثابتة في نسختين منقولتين من خط المؤلف واحدهما قديمة مؤرخ فراغ جزء البيوع منها
بأوائل جمادى الآخرة سنة سبع وثمانين وستائة ، وليست في أصل المؤلف ، بل على حاشيته بخط غيره ،
لكن سقط منها من قوله : « فقبض الموهوب . . . إلى : نقله » ، وبقرها على الحاشية أثر كتابة ملصوق
عليها قطعة ورق مصصح عليها بخط المؤلف ، فلملأ نقلت منها قبل اللصوق عليها . اهـ .
(٢) في الاصل : حياً .

فرع

في مسائل محكية عن نص الشافعي رضي الله عنه

لو قال : وهبته له وملكه ، لم يكن إقراراً بلزوم الهبة ، لجواز أن يستقدر لزومها وحصول الملك بالمقد ، والاقرار يحمل على اليقين . ولو قال : وهبته له وخرجت إليه منه ، فإن كان الموهوب في يد المتب ، كان إقراراً بالقبض ، وإن كان في يد الواهب ، فلا . ولو قيل له : وهبت دارك لفلان وأقبضته ؟ فقال : نعم ، كان إقراراً بالهبة والاقباض .

الباب الثاني

في حكم الهبة في الرجوع والثواب

فيه طرفان .

[الطرف الأول : في الرجوع ، فالهبة تنقسم إلى مقيدة بنفي الثواب ، ومقيدة بآبائه ، ومطلقة . أما المقيدة بنفي الثواب ، فتلزم بنفس القبض ، ولا رجوع فيها إلا الوالد ، فإنه يرجع فيما وهبه لولده كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

فصل

ينبغي الموائد أن يعدل بين أولاده في العطية ، فإن لم يعدل ، فقد فعل مكروهاً ، لكن تصح الهبة . والأولى في هذا الحال ، أن يعطي الآخرين ما يحصل به العدل . ولو رجع ، جاز . وإذا أعطى وعدل ، كره له الرجوع . وكذا لو كان ولداً واحداً ، فوهب له ، كره الرجوع إن كان الولد عفيفاً باراً ، فإن كان عاقراً أو يستعين بما أعطاه في معصية ، فليندره بالرجوع . فإن أصر ، لم يكره الرجوع .

فرع

في كيفية العدل بين الاولاد في الهبة، وجهان . أصحها : أن يسوي بين الذكر والأنثى . والثاني : يعطي الذكر مثل حظ الانثيين . قلت : وإذا وهبت الأم لأولادها، فهي كالآب في العدل بينهم في كل ما ذكرناه، وكذلك الجد والجدة ، وكذا الابن إذا وهب لوالديه . قال الدارمي : فان فضل غليظ فيل الأم . والله أعلم

فصل

للآب الرجوع في هبته لولده . وعن ابن سريج : أنه إنما يرجع إذا قصد بهبته استجلاب برٍّ أو دفع عقوق فلم يحصل ، فان أطلق الهبة ولم يقصد ذلك ، فلا رجوع . والصحيح : الجواز مطلقاً . وأما الأم والأجداد والجندات من جهة الآب والأم ، فالذهب أنهم كالآب . وفي قول : لا رجوع لهم . وقيل : ترجع الأم . وفي غيرها ، قولان . وقيل : يرجع آباء الآب ، وفي غيرهم قولان . ولا رجوع لغير الأصول كالأخوة والأعمام وغيرهم من الاقارب قطعاً . وسواء في ثبوت الرجوع للوالد كانا متفقين في الدين، أم لا . ولو وهب لعمد ولده ، رجع . ولو وهب لمكاتب ولده ، فلا . وهبته لمكاتب نفسه كالأجنبي . ولو تنازع رجلان مولوداً ، ووهبا له ، فلا رجوع لواحد منها . فان ألحق بأحدهما ، فوجهان ، لأن الرجوع لم يكن ثابتاً ابتداءً .

قلت : أصحها : الرجوع، وبه قطع ابن كج، لثبوت بنوته في الأحكام . والله أعلم

فرع

حكم الرجوع في الهدية حكمه في الهبة . ولو تصدق على ولده ، فله الرجوع على الأصح المنصوص . قال المتولي : ولو أبرأه من دين ، بني على أن الإبراء إسقاطه أو تملكه ؛ إن قلنا : تملك ، رجوع ، وإلا ، فلا .
قلت : ينبغي أن لا يرجع على التقديرين . والله أعلم

فرع

وهب لولده ، ثم مات الوهاب ، ووارثه أبوه لكون الولد مخالفاً في الدين ، فلا رجوع للجد .

فرع

الموهوب ، إما أن لا يكون باقياً في سلطنة المتهب ، وإما أن يكون .
القسم الأول : أن لا يكون ، بأن أتلف ، أو زال ملكه عنه ببيع أو غيره ، أو وقفه ، أو أعتقه ، أو كاتبه ، أو استولدها ، أو وهبه وأقبضه ، أو رهنه وأقبضه ، فلا رجوع له ، ولا قيمة أيضاً . وحكى الامام خلافاً ، في أن الرهن هل يمنع الرجوع ، مبنياً على ما سبق من صحة هبة المرهون ؛ فإن قلنا : لا تصح ، لم يصح الرجوع ، وإلا ، توقفتنا . فإن فك الرهن ، بأن صحة الرجوع ، وذكر أيضاً تردداً في كتابة العبد بناءً على صحة يمينه . ولا يمنع الرجوع بالرهن والهبة إذا لم ينفذ ، ولا بالتدبير وتمليك العتق بصفة ، ولا بزراعة الأرض وتزويج الأمة قطعاً ،

ولا بالايجار على المذهب ، وبه قطع الأكثرون ، وتبقى الاجارة بحالها كالتزويج .
وقال الامام : إن صححنا بيع المستأجر ، رجع ، وإلا ، فإن جوزنا الرجوع في
المرهون وتوقفنا ، صح الرجوع هنا ولا توقف ، بل الرقبة المراجعة ، ويستوفي
المستأجر المنفعة إلى انقضاء المدة . وإن منعتا الرجوع في المرهون ، ففي المستأجر
تردد ، وخرج على هذا ، تردد أيضاً إذا أبق العبد الموهوب من يد المتهب ، هل يصح
رجوع الواهب ، مع قولنا : لا تصح هبة الآبق ، لأن الهبة تمليك مبتدأً والرجوع بناء
فيسامح فيه ؟ ولو جنى وتعلق الأرض برقبته ، فهو كالمرهون في امتناع الرجوع .
لكن لو قال : أنا أفديه وأرجع ، مكّن ، بخلاف ما لو كان مرهوناً فأراد أن
يبدل قيمته ويرجع ، لما فيه من إبطال تصرف المتهب . ولو زال ملك المتهب ثم عاد
بارث أو شراءً ، ففي عود الرجوع وجهان . وقال الغزالي : قولان . أصحها : المنع .
واحتج أبو العباس الروياني لهذا الوجه ، بأنه لو وهب لابنه ، فوهبه الابن لجده ،
فوهبه الجد لابن ابنه الذي وهبه ، فإن حق الرجوع للجد الذي حصل منه هذا
الملك ، لا للأب ، ولا يبعد أن يثبت القائل الأول الرجوع لهما جميعاً . ولو وهب له
عصيراً فصار خمرأً ، ثم صار خلاً ، فله الرجوع على المذهب . وحكى بعضهم
وجهين في زوال الملك بالتخمر ، وجهين في عود الرجوع تقريباً على الزوال . وإذا
أنفك الرهن أو الكتابة بمجزء المكاتب ، ثبت الرجوع على المذهب . ولو حجر على
المتهب بالفلس ، فلا رجوع على الأصح كالرهن . وقيل : يرجع ، لأن حقه سابق ،
فانه يثبت من حين الهبة .

قلت : ولو حجر عليه بالسفاهة ، ثبت الرجوع قطعاً ، لأنه لم يتعلق به حق غيره ،
قاله المتولي وآخرون . والله أعلم

ولو ارتد وقلنا : لا يزول ملكه ، ثبت الرجوع . وإن قلنا : يزول ، فلا . فإن

عاد إلى الاسلام ، ثبت الرجوع على المذهب . وقيل : على الخلاف فيما لو زال ملكه ثم عاد . ولو وهب الابن المتب الموهوب لابته ، أو باعه له أو ورثه منه ، فلا رجوع للجد على المذهب .

قلت : ولو وهبه المتب لأخيه من أبيه ، قال في «البيان» : ينبغي أن لا يجوز للأب الرجوع قطعاً ، لأن الواهب لا يملك الرجوع ، فالأب أولى . ولا يبعد تخريج الخلاف ، لأنهم عللوا الرجوع بأنه هبة لمن للجد الرجوع في هبته ، وهذا موجود هنا .

واتدأ علم

القسم الثاني : أن يكون باقياً في سلطنة المتب ، فإن كان بحاله ، أو ناقصاً ، فله الرجوع ، وليس على المتب أرض النقص ، وإن كان زائداً ، نظر ، إن كانت الزيادة متصلة ، كالسمن وتعلم صنعة ، رجع فيه مع الزيادة . وإن كانت منفصلة كالولد ، والكسب ، رجع في الأصل وبقيت الزيادة للمتب . وإن وهب جارية أو بهيمة حاملاً ، فرجع قبل الوضع ، رجع فيها حاملاً . وإن رجع بعد الوضع ، فإن قلنا : للحمل حكم ، رجع في الولد مع الأم ، وإلا ، ففي الأم فقط . وإن وهبها حائلاً ورجع وهي حامل ، فإن قلنا : لاحكم للحمل ، رجع فيها حاملاً ، وإلا ، فلا يرجع إلا في الأم ، وهل له الرجوع في الحال ، أم عليه الصبر إلى الوضع ؟ وجهان . ولو وهبه حباً فبذره ونبت ، أو بيضاً فصار فرخاً ، فلا رجوع ، لأن ماله مستهلك . قال البغوي : هذا إذا ضممتا الغاصب بذلك ، وإلا ، فقد وجد عين ماله فيرجع . ولو كان الموهوب ثوباً فصبغه الابن ، رجع في الثوب ، والابن شريك بالصبغ . ولو قصره ، أو كانت حنطة فطحنها ، أو غزلاً فنسجه ، فإن لم تزد قيمته ، رجع ولا شيء للابن . وإن زادت ، فإن قلنا : القصارة عين ، فالابن شريك . وإن قلنا : أثر ، فلا شيء له . ولو كان أرضاً فبنى فيها أو غرس ،

رجع الأب في الأرض ، وليس له قلم البناء والفراس مجاناً ، لكنه يتخير بين الإبقاء بأجرة ، أو التملك بالقيمة ، أو القلع . وغرامة النقص كالمأثرة . ولو طيء الابن الموهوبة ، قال ابن القطان : لارجوع وإن لم تحبل ، لأنها حرمت على الأب ، والصحيح : ثبوت الرجوع .

فرع

فيما يحصل به الرجوع

يحصل بقوله : رجعت فيما وهبت ، أو ارتجعت ، أو استرددت المال ، أو رددته إلى ملكي ، أو أبطلت الهبة ، أو نقضتها وما أشبه ذلك ، هكذا أطلقوه . وحكى الروياني في « الجرجانيات » وجهين في أن الرجوع نقض وإبطال للهبة ، أم لا ؟ فعلى الثاني : ينبغي أن لا يستعمل لفظ النقض والابطال ، إلا أن يجعل كناية عن المقصود . وذكر الروياني هذا (١) ، أن اللفظ الذي يحصل به الرجوع ، صريح وكناية . فالصريح : رجعت . والكناية تقتقر إلى النية ، كأبطلت الهبة وفسختها . فلو لم يأت بلفظ ، لكن باع الموهوب ، أو وهبه لآخر ، أو وقفه ، فثلاثة أوجه . أصحابها : لا يكون رجوعاً . والثاني : رجوع وينفذ التصرف . والثالث : رجوع فلا ينفذ التصرف . ولو أتلّف الطعام الموهوب ، أو أعتق العبد ، أو وطىء ، لم يكن رجوعاً على الأصح . والثاني : رجوع . وأشار الامام إلى وجه ثالث : أنه إن أحبلها بالوطء وحصل الاستيلاد ، كان رجوعاً ، وإلا ، فلا . فعلى الأصح : يلزمه بالانلاف القيمة ويلغو الاعتاق ، وعليه بالوطء مهر المثل ، وباستيلاد القيمة .

قلت : ولا خلاف أن الوطء حرام على الأب وإن قصد به الرجوع ، كذا

(١) في هامش الاصل نسخة : « هنا » بدل « هذا » .

قاله الامام ، لاستحالة إباحة الوطاء لشخصين ، ولا خلاف أن المتهب يستبيح الوطاء قبل الرجوع . لكن إذا جرى وطاء الأب الحرام ، هل يتضمن الرجوع ؟ فيه الخلاف . والله أعلم

ولو صبغ الثوب الموهوب ، أو خلط الطعام بطعام نفسه ، لم يكن رجوعاً ، بل هو كما لو فعل الغاصب ذلك .

فرع

الرجوع في الهبة حيث ثبت ، لا يفتقر إلى قضاء القاضي . وإذا رجع ولم يسترد المال ، فهو أمانة في يد الولد ، بخلاف المبيع في يد المشتري بعد فسخ البيع ، لأن المشتري أخذه على حكم الضمان .

فرع

لو اتفق الواهب والتهب على فسخ الهبة حيث لا رجوع ، فهل يفسخ كما لو تقابلا ، أم لا كالخلع ؟ فيه وجهان عن « الجرجانيات » . قلت : لا يصح الرجوع إلا منجزاً . فلو قال : إذا جاء رأس الشهر ، فقد رجعت ، لم يصح . قال المتولي : لأن الفسوخ لا تقبل التعليق . والله أعلم

الطرف الثاني : في الثواب ، قد سبق أن الهبة مقيدة بنفي الثواب ، وإثباته ، ومطلقة ، ومضى الكلام في المقيدة ، وفرعناها على المذهب والذي قطع به الجمهور وهو صحتها . وقيل : إنها باطلة إذا أوجبنا الثواب في الطالقة ، لأنه شرط يخالف مقتضاها .

وأما القسم الثاني : وهي المطلقة ، فينظر ، إن وهب الأعلى للأدنى ، فلا ثواب ، وفي عكسه قولان . أظهرهما عند الجمهور : لا ثواب . والثاني : يجب الثواب ، فعلى هذا ، هل [هو] قدر قيمة الموهوب ، أم ما يرضى به الواهب ، أم ما يعدُّ ثواباً لمثله في العادة ، أم يكفي ما يتموّل ؟ فيه أربعة أوجه . وقيل : أقوال . أصحابها : أولها ، والخيار في جنسه إلى المتب . فعلى الأصح ، لو اختلف قدر القيمة ، فلا اعتبار بقيمة يوم القبض على الأصح . وقيل : بيوم بذل الثواب . ثم إن لم يثب ما يصلح ثواباً ، فله الواهب الرجوع إن كان الموهوب بحاله .

قلت : قال أصحابنا : ولا يجبر المتب على الثواب قطعاً . والله أعلم

فإن زاد زيادة منفصلة ، رجع فيه دونها . وإن زاد متصلة ، رجع فيه معها على الصحيح . وقيل : للمتب إمساكه وبذل قيمته بلا زيادة . وإن كان تالفاً ، فوجهان . وقيل : قولان منصوصان في القديم . أصحابها : يرجع بقيمة . والثاني : لأنني له كلاب في هبة ولده . وإن كان ناقصاً ، رجع فيه . وفي تغريمه المتب أرش النقصان الوجهان . وقيل : له ترك العين والمطالبة بكامل القيمة .

قلت : وإن كانت جارية قد وطئها المتب ، رجع الواهب فيها ، ولا مهر على المتب ، لانه وطئ ملكه . والله أعلم

وأما إذا وهب لنظيره ، فالذهب القطع بأن لا ثواب . وقيل : فيه القولان . وعن صاحب « التقريب » ، طرد القولين في هبة الأعلى للأدنى ، وهو شاذ . قلت : وحكى صاحب « الابانة » ، وداليان ، وجهاً أنه إذا وهب لنظيره ونوى الثواب ،

استحققه ، وإلا ، نقولان . فان اختلفا في النية ، فأيتها بقبل قوله ؟ وجهان . والمذهب : أنه لا يجب الثواب في جميع الصور . قال المتولي : إذا لم يجب فأعطاه المتهب ثواباً ، كان ذلك ابتداء هبة . حتى لو وهب لابنه فأعطاه الابن ثواباً ، لا ينقطع حق الرجوع ، ولا يجب في الصدقة ثواب بكل حال قطعاً ، صرح به البغوي وغيره ، وهو ظاهر . وأما الهدية ، فالظاهر أنها كالهبّة . والله أعلم

وأما القسم الثالث : فالقيّدة بالثواب ، وهو إما معلوم ، وإما مجهول . فالحالة الاولى : المعلوم ، فيصح العقد على الاظهر ، ويبطل على قول . فان صححنا ، فهو يبيع على الصحيح . وقيل : هبة . فان قلنا : هبة ، لم يثبت الخيار والشفعة ، ولم يلزم قبل القبض . وإن قلنا : بيع ، ثبتت هذه الاحكام . وهل تثبت عقب العقد ، أم عقب القبض ؟ قولان . أظهرهما : الاول . ولو وهبه خليفاً بشرط الثواب ، أو مطلقاً وقلنا : الهبة تقتضي الثواب ، فنص في « حرمة » أنه إن أتابه قبل التفرق بجنسه ، اعتبرت المأثلة . وإن أتابه بعد التفرق بعرض ، صح ، وبالتقد لا يصح ، لانه صرف ، وهذا تفريع على أنه يبيع . وفي « التتمة » أنه لا بأس بشيء من ذلك ، لانا لم نلحقه بالمعاوضات في اشتراط العلم بالمعوض ، وكذا سائر الشروط ، وهذا تفريع على أنه هبة . وحكى الامام الأول عن الاصحاب ، وأبدى الثاني احتمالاً . وخرج على الوجهين ما إذا وهب الاب لابنه بثواب معلوم . فان جعلنا العقد بيعاً ، فلا رجوع ، وإلا ، فله الرجوع . وإذا وجد بالثواب عيباً وهو في الذمة ، طالب بسليم . وإن كان معيناً ، رجع إلى عين الموهوب إن كان باقياً ، وإلا ، طالب ببدله . واستبعد الامام مجيء الخلاف أنه يبيع أم هبة هنا ، حتى لا يرجع على التقدير الثاني وإن طرده بعضهم . وإذا جعلناه هبة ، فكافأه بدون الشروط إلا أنه قريب ، ففي

شرح ابن كج ، وجهان في أنه هل يجبر على القبول لان العادة فيه مسامحة ؟
قلت : والاصح أو الصحيح : لا يجبر . والله أعلم

الحالة الثانية : إذا كان الثواب مجعولاً ، فإن قلنا : الهبة لا تقتضي ثواباً ، بطل
المقد ، لتعذر تصحيحه بيماً وهبة ، وإن قلنا : تقتضيه ، صح ، وهو تصريح
بمقتضى المقد ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الجمهور . وحكى الغزالي وجهاً :
أنه يبطل بناءً على أن العوض يلحقه بالبيع .

فرع

نص الشافعي رضي الله عنه ، أنه لو وهب لاثنتين بشرط الثواب ، فأثابه أحدهما
فقط ، لم يرجع في حصة المثيب ، وأنه لو أثاب أحدهما عن نفسه وعن صاحبه
ورضي به الواهب ، لم يرجع الواهب على واحد منها . ثم إن أثاب بغير إذن
الشريك ، لم يرجع عليه . وإن أثاب بآذنه ، رجع بالنصف إن أثاب ما يعتاد ثواباً
لمثله . فإن زاد ، فمتطوع بالزيادة .

فرع

خرج الموهوب مستحقاً بعد الثواب ، رجع بما أثاب على الواهب . وإن خرج
بعضه مستحقاً ، فله الخيار بين أن يرجع على الواهب بقسطه من الثواب ، وبين أن
يرد الباقي ويرجع بجميع الثواب . وقيل : تبطل الهبة في الكل . وقيل : لا يجيء
قول الابطال هنا .

فرع

قال : وهبتك بيدل، فقال : بلا بدل، وقلنا : مطلق الهبة لا يقتضي ثواباً ، فهل المصدق الواهب ، أم المتب ؟ وجهان ، وبالأول قطع ابن كج .

قلت : الثاني ، أصح . والله أعلم

فصل

في مسائل تتعلق بالكتاب

هبة منافع الدار ، هل هي إعارة ؟ لها وجهان في « الجرجانيات » ، ولا يحصل الملك بالقبض في الهبة الفاسدة . وهل المقبوض بها مضمون كالبيع الفاسد ؟ أم لا ، كالهبة الصحيحة ؟ وجهان . ويقال : قولان .

قلت : أصحابنا لاضمان، وهو المقطوع به في « النهاية » و « المدة » و « البحر » و « البيان » ، ذكروه في باب التيمم . قال المتولي : وإذا حكنا بفساد الهبة ، فسلم المال بعد ذلك هبة ، فإن كان يستقد فساد الأولى ، صحت الثانية ، وإلا ، فوجهان بناءً على من باع مال أبيه على أنه حي فكان ميتاً .

وهذه مسائل متعلقة بالكتاب .

إحداها : قال لرجل : كسوتك هذا الثوب ، ثم قال : لم أرد الهبة ، قال صاحب « المدة » : يقبل قوله ، خلافاً لأبي حنيفة رضي الله عنه ، لأنه يصلح للمارية ، فلا يكون صريحاً في الهبة .

الثانية : قال : منحتك هذه الدار ، أو الثوب ، فقال : قبلت وأقبضه ، فهو هبة ، قاله في « العدة » .

الثالثة : في فتاوى النزالي : لو كان في يد ابن الميت عين ، فقال : وهبتها أبي وأقبضنيها في الصحة ، فأقام باقي الورثة بينة بأن الأب رجع فيما وهب لابنه ، ولم تذكر البينة مارجع فيه ، لا تنتزع من يده بهذه البينة ، لاحتمال أن هذه العين ليست من المرجوع فيه . ويقرب من هذا ، لو وهب وأقبض ومات ، فادعى الوارث كون ذلك في المرض ، وادعى المتب كونه في الصحة ، فالتحتمار أن القول قول المتب .

الرابعة : دفع إليه ثوباً بنية الصدقة ، فأخذ المدفوع إليه ظاناً أنه ودعة أو عارية ، فردده على الدافع ، لا يحل للدافع قبضه ، لأنه زال ملكه ، فان الاعتبار بنية الدافع . فان قبضه ، لزمه رده إلى المدفوع إليه ، ذكره القاضي حسين .

الخامسة : برّ الوالدين مأمور به ، وعقوق كل واحد منها محرم معدود من الكبائر بنص الحديث الصحيح (١) ، وصلة الرحم مأمور بها ، فأما برهما ، فهو الاحسان إليها ، وفعل الجليل معها ، وفعل ما يسرهما من الطاعات لله تعالى وغيرها مما ليس بمنهي عنه ، ويدخل فيه الاحسان إلى صديقها ، ففي « صحيح مسلم » أن رسول الله ﷺ قال : إن من أبرّ البرّ ، أن يصل الرجل أهل ودّ أبيه . وأما العقوق ، فهو كل ما أتى به الولد مما يتأذى [به] الوالد أو نحوه تأذياً ليس بالهين ، مع أنه ليس بواجب . وقيل : تجب طاعتها في كل ما ليس بحرام ، فتجب طاعتها في الشبهات .

(١) عن أبي بكر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر » (ثلاثاً) قالوا : بلى يا رسول الله ، قال : « الاشرار بالله ، وعقوق الوالدين » (قال) وجلس وكان متكئاً فقال : « ألا وقول الزور » فما زال يكررها حتى قلنا : ليته سكت . متفق عليه واللفظ للبخاري .

و[قد] حكى الغزالي هذا في «الاحياء» عن كثير من العلماء، أو أكثرهم . وأما صلة الرحم ، ففعلك مع قريبك ما تمدُّ به واصلًا غير منافر ومقاطع له ، ويحصل ذلك تارة بالمال ، وتارة بقضاء حاجته أو خدمته أو زيارته. وفي حق الغائب ينحو هذا، وبالمكاتبة وإرسال السلام عليه ونحو ذلك .

السادسة : الوفاء بالوعد ، مستحب استيجاباً متأكداً ، ويكره إخلافه كراهة شديدة ، ودلائله من الكتاب والسنة معلومة ، وقد ذكرت في كتاب «الاذكار» فيه باباً ، وبينت فيه اختلاف العلماء في وجوبه . والله أعلم

كتاب اللقط

فيه بابان .

[الباب [الاول : في أركانها ، وهي ثلاثة .

[الركن [الاول : الالتقاط ، وفيه مسألتان .

[المسألة [الاولى : في وجوب الالتقاط أربعة طرق. أصحابها وقول الأكثرين:

أنه على قولين . أظهرهما : لا يجب كالاستيداع . والثاني : يجب . والطريق الثاني : إن كانت في موضع يغلب على الظن ضياعها ، بأن تكون في ممر الفساق والخونة ، وجب الالتقاط، وإلا ، فلا . والثالث : إن كان لا يثق بنفسه ، لم يجب قطعاً . وإن غلب على ظنه أمانة نفسه ، ففيه القولان . والرابع : لا يجب مطلقاً . فإذا قلنا : لا يجب ، فإن وثق بنفسه ، ففي الاستحباب وجهان . أصحابها : ثبوته . وإن لم يثق وليس هو في الحال من الفسقة ، لم يستحب له الالتقاط قطعاً . قاله الامام . وحكى عن شيخه في الجواز وجهين. أصحابها : ثبوته، وسواء قلنا بوجوب الالتقاط أو عدمه، فلا يضمن اللقطة بالترك، لأنها لم تحصل في يده. هذا حكم الأمين، أما الفاسق ، فقطع الجمهور أنه يكره له الالتقاط . وأما قول الغزالي : إن علم الخيانة ، حرم الالتقاط ، وقوله في « الوسيط »: الفاسق لا يجوز له الاخذ، فمخالف لما أطلقه الجمهور من الكراهة .

المسألة الثانية : في وجوب الاشهاد على اللقطة وجهان . ويقال : قولان .

أصحابها : لا يجب لكن يستحب . وقيل : لا يجب قطعاً . ثم في كيفية الاشهاد ، وجهان . أصحابها عند البغوي : يشهد على أصلها دون صفاتها ، لئلا يتوصل كاذب

إليها . قال البغوي : ويجوز أن يذكر جنسها . والثاني : يشهد على صفاتها أيضاً حتى لو مات لا يملكها الوارث ، ويشهد الشهود للمالك . وأشار الامام إلى توسط بين الوجهين ، وهو أنه لا يستوعب الصفات ، بل يذكر بعضها ليكون في الاشهاد فائدة . قلت : الأصح ، هذا الذي اختاره الامام . قال الامام : والوجه الاول ساقط ، إذ لا فائدة فيه . قال : وما ذكرناه من المنع من ذكر تمام الاوصاف ، لازماً ينتهي إلى التحريم . والله أعلم

الركن الثاني : الملتقط وبناء الكلام فيه على أصل ، وهو أن اللقطة فيها معنى الامانة والولاية والاكتساب ، فالأمانة والولاية أولاً ، والاكتساب آخر بعد التعريف . وهل المطلب الأمانة والولاية لأنها ناجزة ، أم الاكتساب لأنه مقصوده ولا يستقل الآحاد بالأمانات ؟ فيه وجهان . ويقال : قولان . فإذا اجتمع في شخص أربع صفات : الاسلام ، والحرية ، والأمانة والتكليف ، فله أن يلتقط ويمرّف ويملك ، لأنه أهل للأمانة والولاية والاكتساب ، وإلا ، ففيه مسائل .

إحداها : يمكن الذمي من الالتقاط في دار الاسلام على الأصح . وقيل : قطعاً ، كالاصطياد والاحتطاب ، وربما شرط فيه عدالته في دينه . فإن قلنا : ليس له الالتقاط فالتقط ، أخذه الامام منه وحفظه إلى ظهور مالكة . وإن جوزناه ، قال البغوي : هو كالتقاط الفاسق . قال : والمرتب إن قلنا : يزول ملكه ، انتزعت اللقطة منه ، كما لو احتطب ، ينتزع من يده . وإن قلنا : لا يزول ، فكالفاسق يلتقط . ولك أن تقول : إن أزلنا ملكه ، فما يحتطبه ينتزع ويكون لأهل الفيم فإن كانت اللقطة كذلك ، فقياسه أن يجوز للامام ابتداء الالتقاط لأهل الفيم وليت المال ، وأن يجوز للولي الالتقاط للصبي . وإن قلنا : لا يزول ملكه ، فهو بالذمي أشبه [منه] من الفاسق ، فليكن كالتقاط الذمي ، وبهذا قطع المتولي .

الثانية : الفاسق أهل للالتقاط على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وهو ظاهر النص . وعن القفال ، تخريجه على الأصل المذكور ، إن غلبنا الاكتساب ، فنعم ، أو الأمانة ، فلا ، وما يأخذه مغصوب . فعلى المذهب ، هل يقر المال في يده ؟ قولان . أظهرهما : لا ، بل ينتزع منه ويوضع عند عدل . والثاني : نعم ، ويضم إليه عدل يشرف عليه . وعن ابن القطان وجه : أنه لا يضم إليه أحد . وسواء قلنا : ينتزع أو يضم إليه مشرف ، ففي التعريف قولان . أظهرهما : لا يعتمد وحده ، بل يضم إليه نظر العدل ومراقبته . والثاني : يكفي تعريفه . ثم إذا تم التعريف ، فلملنقط التملك .

الثالثة : التقاط العبد ، وهو على ثلاثة أضرب .

أحدها : التقاط لم يأذن فيه السيد ولا نهى عنه ، وفيه قولان . أظهرهما : لا يصح . والثاني : يصح كاحتطابه ويكون الحاصل لسيد . فان قلنا : لا يصح التقاطه ، لم يعتد بتعريفه . ثم إن لم يعلم السيد التقاطه ، فالأمال مضمون في يد العبد ، والضمان متعلق برقبته ، سواء أتلفه أو تلف بتفريط أو بغير تفريط ، كالمغصوب . وإن علم ، فله أحوال . أحدها : أن يأخذه من يده . ولهذا مقدمة ، وهي أن القاضي لو أخذ المغصوب من الغاصب ليحفظه للمالك ، هل يبرأ الغاصب من الضمان ؟ وجهان . أقيسهما : البراءة ، لأن يد القاضي نائبة عن يد المالك . فان قلنا : لا يبرأ ، فللقاضي أخذه منه . وإن قلنا : يبرأ ، فان كان المال معرضاً للضياع ، والغاصب بحيث لا يبعد أن يفلس أو يغيب وجهه ، فكذلك ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : لا يأخذ فانه أنفع للمالك . والثاني : يأخذ نظراً لهما جميعاً . وليس لأحد الناس أخذ المغصوب إذا لم يكن معرضاً للضياع ، ولا الغاصب بحيث تفوت مطالبته ظاهراً . وإن كان كذلك ، فوجهان . أصحها : المنع ، لأن القاضي هو النائب عن الناس ، ولأنه

قد يؤدي إلى الفتنة . والثاني : الجواز احتساباً ونهياً عن المنكر . فعلى الأول ، لو أخذه ضمنه وكان كغاصب من غاصب . وعلى الثاني : لا يضمن ، وبراءة الغاصب على الخلاف السابق ، وأولى بأن لا يبرأ . قال الامام : ويجوز أن يقال : إن كان هناك قاضٍ يمكن رفع الأمر إليه ، فلا يجوز ، وإلا ، فيجوز . إذا عرف هذا ، فقال معظم الأصحاب : إذا أخذ السيد اللقطة من العبد كان أخذه التقاطاً ، لأن يد العبد إذا لم تكن يد التقاط ، كان الحاصل في يده ضائماً بعد ، ويسقط الضمان عن العبد لو صوله إلى نائب المالك ، فان كل أهل للاتقاط كأنه نائب عنه . وبمثلهم قالوا فيما لو أخذه أجنبي ، إلا أن اتولي جعل أخذ الاجنبي على الخلاف فيما لو تعلق صيد بشبكة رجل فأخذه غيره ، واستبعد الامام قولهم : إن أخذ السيد النقاط ، لأن العبد ضامن بالأخذ . ولو كان أخذ السيد التقاطاً ، لسقط الضمان عنه ، فيتضرر [به] المالك ، وهذا وجه ذكره ابن كج والمتولي ، وحكياً تفريعاً عليه أن السيد ينتزعه من يده ويسلمه إلى الحاكم ليحفظه لما لـه أبداً . وأما الامام فقال : إذا قلنا : إنه ليس بالتقاط ، فأراد أخذه بنفسه وحفظه لما لـه ، فوجهان مرتبان على أخذ الآحاد المغصوبٍ للحفظ ، وأولى بالنفع ، لأن السيد ساعٍ لنفسه غير متبرع . ثم يترتب على جواز الأخذ حصول البراءة كما قدمنا . وإن استدعى من الحاكم انتزاعه ، فهذه الصورة أولى بأن يزيل الحاكم فيها اليد العادية . وإذا أزال ، فأولى أن تحصل [البراءة] لتعلق غرض السيد بالبراءة ، وهو غير منسوب إلى عدوان حتى يفاظ عليه .

الحال الثاني : أن يقره في يده ويستحفظه عليه ليعرفه . فان لم يكن العبد أميناً ، فهو متعمد بالاقرار ، وكأنه أخذه منه وردّه إليه . وإن كان أميناً ، جاز ،

كما لو استمان به في تعريف ماالتقطه بنفسه . وذكر الامام في سقوط الضمان وجهين .
أصحها عنده : المنع . وقياس كلام الجمهور سقوطه .

الحال الثالث : أن لا يأخذه ولا يقره ، بل يهمله ويمرض عنه . فنقل الزني
أن الضمان يتعلق برقبة العبد كما كان ، ولا يطالب به السيد في سائر أمواله ، لأنه
لا تمدي منه ولا أثر لملكه ، كما لو رأى عبده يتلف مالاً فلم يمنعه ، ونقل الربيع
تعلقه بالعبد وبجميع أموال السيد . وعكس الامام والغزالي ، فنسبوا الأول إلى الربيع ،
والثاني إلى الزني . والصواب المتمد ، ماسبق . ثم فيها أربعة طرق . أصحها
وقول الأكثرين : المسألة على قولين . أظهرهما : تعلقه بالعبد وسائر أموال السيد ، حتى
لو هلك العبد ، لا يسقط الضمان . ولو أفلس السيد ، قدم صاحب اللقطة في العبد
على سائر الغرماء . ومن قال به ، لم يسلم عدم وجوب الضمان إذا رأى عبده يتلف
مالاً فلم يمنعه . والطريق الثاني : حمل نقل الزني على ما إذا كان العبد مميزاً ، ونقل
الربيع على غير المميز . والثالث : القطع بنقل الزني . والرابع : القطع بنقل الربيع ،
وبه قال أبو إسحاق ، وغلطوا الزني في النقل . هذا كله إذا قلنا : لا يصح التقاطه .
فإن قلنا : يصح ، صح تعريفه وليس له بعد التعريف أن يملكه لنفسه ، وله التملك
للسيد بأذنه ، ولا يجوز بغير إذنه على المذهب . وقيل : وجهان كانهائه وشرائه ،
فعلى المذهب قيل : لا يصح تعريفه بغير إذن سيده . والصحيح صحته كالاتقاط .
قال الامام : لكن إن قلنا : انقضاء مدة التعريف توجب الملك ، فيجوز أن يقال :
لا يصح تعريفه ، ويجوز أن يقال : يصح ولا يثبت الملك ، كما لا يثبت إذا عرف
من قصد الحفظ . ثم لا يخلو ، إما أن يعلم السيد بالاتقاط ، وإما أن لا يعلم .
فإن لم يعلم ، فالأمانة في يد العبد ، لكن لو كان معرضاً عن التعريف ، ففي الضمان
وجهان كالوجهين في الحر إذا امتنع من التعريف . ولو أنلفه العبد بعد مدة التعريف ،
أو تملكه لنفسه فهلك عنده ، فهل يتعلق الضمان بذمته كما لو اقترض فاسداً وأنلفه ،
أم برقبته كالمغصوب ؟ وجهان . وبالأول قطع الشيخ أبو محمد في « الفروق » .

ولو أتلّفه في المدة ، أو تلف بتقصيره ، فالمذهب تعلق الضمان برقبته ، وبه قطع الجمهور ، لأنه خيانة محضة ، إذ لم يدخل وقت التملك ، بخلاف ما بعد المدة . وقيل : في تعلقه بالرقبة أو الذمة قولان . وإن علم به السيد ، فله أخذه كأكسابه ثم يكون كالتقاطه بنفسه . فإن شاء حفظه لمالكه ، وإن شاء عرّف وتملك . فإن كان العبد عرّف بعض المدة ، احتسب [به] وبني عليه . وإن أقره في يده وهو خائن ، ضمن السيد بأبقائه في يده . وإن كان أميناً ، جاز ، ثم إن تلف في يده في مدة التعريف ، فلا ضمان . وإن تلف بعدها ، فإن أذن السيد في التملك فتملك ، لم يخف الحكم ، وإلا ، فوجهان . أصحها : يتعلق الضمان بالسيد ، لادّنه في سبب الضمان ، كما لو أذن له في استيلاء شيء فأخذه فتلّف في يده . والثاني : [لا] كما لو أذن له في الغصب فغصب . فعلى الأول ، يتعلق الضمان أيضاً بذمة العبد ، فيطالب به بعد العتق كما يطالب به السيد في الحال ، وعلى الثاني ، يتعلق برقبته كما يتعلق بمال السيد . وإن لم يأذن ، فهل يتعلق الضمان بذمة العبد ، أم برقبته ؟ وجهان . أصحها : الأول ، ولا يتعلق بالسيد قطعاً . فإن أتلّفه العبد بعد المدة ، فعلى الخلاف السابق .

فرع

قال صاحب « التقريب » : القولان في أصل المسألة ، فيما إذا نوى الالتقاط لنفسه ، فإن نوى لسيد ، فيحتمل أن يطرد القولان ، ويحتمل أن يقطع بالصحة . وقال ابن كج : القولان إذا التقط ليدفع إلى سيده . فإن قصد نفسه ، فليس له الالتقاط قطعاً ، بل هو متمدّد ، وحكاة عن أبي إسحاق والقاضي أبي حامد .

الضرب الثاني : التقاط بأذن السيد ، بأن يقول : متى وجدت لقطة فخذها واثنى بها ، فطريقان . قال ابن أبي هريرة بطرد القولين ، لأن الأذن لا يفيد أهلية الولاية .

وقطع غيره بالصحة ، وإليه ميل الامام ، كما لو أذن في قبول الوديعة . ولو أذن
له في الاكتساب مطلقاً ، ففي دخول الالتقاط وجهان .
الضرب الثالث : النقاط نهـاه عنه السيد ، فقطع الاصطخري بالمنع ، وطرده
غيره القولين .

قلت : طريقة الاصطخري أقوى ، ولكن سائر الأصحاب على طرده القولين ، قاله
صاحب « المستظهرى » . والله أعلم

فرع

إذا التقط ثم أعتقه السيد ، فإن صححنا التقاطه ، فهي كسب عبده يأخذها
السيد ويمرّ بها ويتملكها . فإن كان العبد عرق ، اعتدّ به ، هذا هو المذهب .
وقال ابن القطان : هل السيد أحقّ نظراً إلى وقت الالتقاط ، أم العبد نظراً إلى وقت التملك ؟
وجهان . وإن لم نصحح التقاطه ، قال ابن كج : للسيد حق التملك إذا قلنا : للسيد التملك على
هذا القول . وقطع الجمهور بأنه ليس للسيد أخذها . فعلى هذا ، هل للعبد تملكها
وكانه التقط بعد الحرية ، أم يجب أن يسلمها إلى الحاكم لأنه لم يكن أهلاً ؟
وجهان . أصحابها : الأول .

فرع

في النقاط المكاتب طرق . أحدها : الصحة قطعاً . والثاني : المنع قطعاً ، بخلاف
القن ، فإن السيد ينتزع منه ، ولا ولاية للسيد على مال المكاتب مع نقصانه . والثالث
وهو الأصح عند الجمهور : طرده القولين كالعبد ، لكن الاظهر هنا باتفاق الأصحاب ،

صحة التقاطه . ثم المذهب أن هذه الطرق في المكاتب كتابة صحيحة . فأما الفاسدة ،
فكالفن قطعاً . وقيل بطرد الخلاف في النوعين ، ونقل الامام عن المراقبين ،
تقريباً على القطع بالصحة ، أن في إبقاء اللقطة في يده قولين كما سبق في الفاسق ،
وكتبهم ما كتبه عن ذلك إلا ما شاء الله تعالى . فان صححنا التقاط المكاتب ،
عرفها وتملكها ويكون بدلها في كسبه . وفي تقديم المالك به على الغرماء وجهان
في وأماله ، أبي الفرج الزاز . وإذا أعتق في مدة التعريف ، أتم التعريف وتملك .
وإن عاد إلى الرق قبل تمام التعريف ، فالمنقول عن الاصحاب ، أن القاضي يأخذها
ويحفظها للمالك ، وأنه ليس للسيد أخذها وتملكها ، لان التقاط المكاتب لا يقع للسيد ،
فلا ينصرف إليه . وقال البغوي : ينبغي أن يجوز له الاخذ والتملك ، لان
الانتقاط اكتساب ، وأكساب المكاتب لسيد عند عجزه . قال : وكذا لو مات
المكاتب أو المبد قبل التعريف ، وجب أن يجوز للسيد التعريف والتملك ، كما
أن الحر إذا التقط ومات قبل التعريف ، يورث الوارث ويتملك . وإذا لم نصحح
التقاطه فالتقط ، صار ضامناً ، ولا يأخذ السيد اللقطة منه ، بل يأخذها القاضي
ويحفظها ، هكذا ذكروه . ولك أن تقول : ذكرتم تقريباً على منع التقاط القن ،
أن الأجنبي أخذها ويكون ملئقاً ، ولم تعتبر الولاية ، وليس السيد في حق
المكاتب بأدنى حالاً من الأجنبي في القن . ثم إذا أخذها الحاكم برى المكاتب
من الضمان . ثم كيف الحكم ؟ ذكر الشيخ أبو حامد وغيره : أنه يعرفها ، فإذا
انقضت مدة التعريف ، تملكها المكاتب . والاصح : أنه ليس له التملك ، فان التفرع
على فساد الانتقاط ، لكن إذا [أخذها] حفظها إلى أن يظهر مالها .

فرع

مَنْ بعضه حر وبعضه رقيق ، هل يصح التقاطه قطعاً ، أم على القولين كالقن؟
فيه طريقان . وقيل : يصح في قدر الحرية قطعاً ، وفي الباقي الطريقان ، وبهذا قطع
المولي ، وأبداه الشاشي احتمالاً .

قلت : المذهب المنصوص ، صحة التقاطه . والله أعلم

فان قلنا : لا يصح ، فهو متعذر بالأخذ ، ضامن بقدر الحرية في ذمته ، وبوخذ
منه إن كان له مال ، وبقدر الرق في رقبته . وهل ينتزع منه ، أم يبقى في يده
ويضم إليه مشرف ؟ وجهان حكاهما ابن كج . أصحابها : الانتزاع . وعلى هذا ،
هل يسلم إلى السيد ، أم يحفظه الحاكم إلى ظهور مالكة ؟ وجهان . الصحيح : الثاني .
فان سلم إلى السيد ، فعن أبي حفص ابن الوكيل : أن السيد يعرفه ويتملكه .
قال ابن كج : ويحتمل عندي أن يكون بينهما بحسب الرق والحرية . أما إذا قلنا :
يصح التقاطه ، فان لم يكن بينه وبين السيد مهايأة ، فاللقطة بينهما يعرفانها ويتملكانها
بحسب الرق والحرية كشخصين التقطاً ملاً . وقال ابن الوكيل : يختص بهما السيد
كلقطة القن ، وليس بشيء . وإن كان بينهما مهايأة ، بني على أن الكسب النادر
هل يدخل في المهايأة ؟ رفيه قولان . ويقال : وجهان ذكرناها في زكاة الفطر .
وميل العراقيين والصيدلاني هناك إلى ترجيح عدم الدخول . ثم إنهم مع سائر
الأصحاب ، كالنفقین على ترجيح الدخول هنا ، وهو نصه في « المختصر » . فعلى
هذا ، إن وقعت اللقطة في نوبة السيد ، عرفها وتملكها . وإن وقعت في نوبة العبد ،
عرفها وتملك . والاعتبار بوقت الالتقاط ، هذا هو الصحيح الدروف . وأشار

الامام إلى وجه : أن الاعتبار بوقت التملك . وإن قلنا : النادر لا يدخل في المهايأة ، فهو كما لو لم يكن مهايأة .

قلت : ونقل إمام الحرمين في باب زكاة الفطر اتفاق العلماء على أن أرض الجنابة لا يدخل في المهايأة ، لأنه يتعلق بالرقبة وهي مشتركة . والله أعلم

فرع

المدبر والمعلق عتقه بصفة ، وأم الولد ، كالقن في الالتقاط . لكن حيث حكنا بتعلق الضمان برقبة القن ، ففي أم الولد يجب على السيد ، سواء علم التقاطها ، أم لا ، لأن جنايتها على السيد . وفي « الأم » أنه إن علم سيدها ، فالضمان في ذمته ، وإلا ، ففي ذمتها ، وهذا لم يثبت له الأصحاب ، وقالوا : هذا سهو من كاتب ، أو غلط من ناقل ، وربما حاولوا تأويله .

المسألة الرابعة : النقاط الصبي ، فيه طريقان كالفاسق . والمذهب صحته كاحتطابه واصطياده ، فإن صححنه فلم يعلم به الولي وأتلفه الصبي ، ضمن . وإن تلف في يده ، فوجهان . أصحابها : لاضمان عليه كما لو أودع مالا فتلف عنده . وتسليط الشرع له على الالتقاط ، كتسليط المودع . والثاني : يضمن لضعف أهليته ، فإنه لا يقر في يده . فإن علم به الولي ، فينبغي أن ينتزعه من يده ويعرفه . ثم إن رأى المصلحة في تملكه للصبي ، جاز حيث يجوز الاستقراض عليه . وقال ابن الصباغ : عندي يجوز التملك له وإن لم يجوز الاقتراض ، لأنه على هذا القول ملحق بالاكتساب .

قلت : هذا الذي قاله ابن الصباغ ، كما هو شذوذ عن الأصحاب ، فهو ضعيف دليلاً ، فإنه اقترأ . والله أعلم

وإن لم ير التملك له ، حفظه أمانة ، أو سلمه إلى القاضي . وإذا احتاج التعريف إلى مؤنة ، لم يصرفها من مال الصبي ، بل يرفع الأمر إلى القاضي ليبيع جزءاً من اللقطة لمؤنة التعريف . ويحيى وجهه مما سنذكره إن شاء الله تعالى في التقاط الشاة : أنه يبيع بنفسه ولا يحتاج إلى إذن الحاكم . ولو تلفت اللقطة في يد الصبي قبل الانتزاع بغير تفريط ، فلا ضمان . وإن قصر الولي بتركها في يده حتى تلفت ، أو أتلّفها ، لزم الولي الضمان من مال نفسه ، وشبهه بما إذا احتطب الصبي وتركه الولي في يده حتى تلف ، أو أتلّفه الصبي ، يجب الضمان على الولي ، لأن عليه حفظ الصبي عن مثله . قال البغوي : ثم يعرف النالف ، وبعد التعريف يملك للصبي إن كان في التملك مصلحة ، ويشبه أن يكون هذا فيما إذا وجد قبض من جهة القاضي ليصير المقبوض ملكاً للملتقط ، أو إفراز من جهة الولي إذا قلنا : إن من التقط شاة وأكلها يفرز بنفسه قيمتها من ماله . فأما الضمان في الذمة ، فلا يمكن تملكه للصبي . أما إذا قلنا : لا يصح التقاط الصبي ، فإذا التقط وتلفت في يده أو أتلّفها ، وجب الضمان في ماله ، وليس للولي أن يقرّها في يده ، بل يسمى في انتزاعها ؛ فإن أمكنه رفع الأمر إلى القاضي ، فعل ، وإن انتزع الحاكم ، ففي براءة الصبي عن الضمان بخلاف المذكور في انتزاع القاضي المنصوب من الغاصب ، وأولى بحصول البراءة نظراً للطفل . إن لم يمكنه رفع الأمر إلى القاضي ، أخذه بنفسه ، وتبني براءة الصبي عن الضمان على الخلاف في براءة الغاصب بأخذ الآحاد .

فإن لم تحصل البراءة ، ففائدة الأخذ صون عين المال عن التضييع والاتلاف . قال المتولي :
وإذا أخذه الولي ، فإن أمكنه التسليم إلى القاضي فلم يفعل حتى تلف ، لزمه الضمان ،
وإلا ، فقرار الضمان على الصبي . وفي كون الولي طريقاً ، وجهان . وهذا إذا أخذ
الولي لأعلى قصد الانقضاء . أما إذا قصد ابتداءً الالتقاط ، ففيه وجهان ، وليكونا
كالخلاف في الأخذ من العبد على هذا القصد إذا لم نصحح التقاطه . ولو قصر
الولي وترك المال في يده ، قال المتولي : لا ضمان عليه إذا تلف ، لأنه لم يحصل في يده ،
ولا حق للصبي فيه حتى يلزمه حفظه ، بخلاف ما إذا فرعنا على القول الأول .
وخصص الإمام هذا الجواب بما إذا قلنا : إن أخذه لا يبرئ الصبي . أما إذا
قلنا : يبرئ ، فعليه الضمان لتركه الصبي في ورطة الضمان ، ويجوز أن يضمن .
وإن قلنا : إن أخذه لا يبرئ الصبي لأن المال في يد الصبي معرض للضياع ، فحق
أن يصونه .

فرع

المجنون كالصبي في الانقضاء ، وكذا المحجور عليه بسفه ، إلا أنه يصح تبريفه ،
ولا يصح تبريف الصبي والمجنون .

الركن الثالث : الشيء الملتقط ، وهو قسبان . مال وغيره ، والمال نوعان ،
حيوان وجماد . والحيوان ضربان ، آدمي وغيره . وغيره صنفان .

أحدهما : ما يمنع من صفار السباع بفضل قوته ، كالابل والخيل والبغال والحمير ،
أو بشدة عدوه كالآرانب والظباء الملوكة ، أو بطيرانه كالحمام ، فإن وجدها في
مفازة ، فاللحاحم ونوابه أخذها للحفظ . وفي جواز أخذها للأحاد للحفظ وجهان .
أصحها عند الشيخ أبي حامد والمتولي وغيرهما : جوازه ، وهو المنصوص ، لئلا يأخذها

خائن فتضيع . وأما أخذها للتملك ، فلا يجوز لأحد . فمن أخذها للتملك ، ضمنها ، ولا يبرأ عن الضمان بالرد إلى ذلك الموضع . فإن دفعها إلى القاضي ، برىء على الأصح . وإن وجدها في بلدة أو قرية ، أو في موضع قريب منها ، فوجهات أو قولان . أحدهما : لا يجوز التقاطها للتملك كالمفازة . وأصحها : جوازها ، لأنها في المهارة تضيع بتسلط الخونة . وقيل : يجوز قطعاً . وقيل : لا يجوز قطعاً . فإن منعنا ، فالتقاطها بقصد التملك كما ذكرنا في التقاطها من الصحراء . وإن جوزناه ، فعلى ما سيأتي في الصنف الثاني إن شاء الله تعالى . هذا كله إذا كان زمان آمن . فأما في زمن النهب والفساد ، فيجوز التقاطها قطعاً . وسواء وجدت في الصحراء أو العمران ، كما سيأتي فيما لا يمتنع ، قاله المتولي .

الصنف الثاني : ما لا يمتنع من صفار السباع ، كالـكـسـير والغنم والمجول والفصلان ، فيجوز التقاطها للتملك ، سواء وجدت في المفازة أو العمران . وفي وجهه : لا يؤخذ ما وجد في العمران . والصحيح المرووف : أنه لا فرق . ثم إذا وجده في المفازة ، فهو بالخيار بين أن يسكها ويمرّفها ثم يملكها ، وبين أن يبيمها ويحفظ ثمنها ويمرّفها ثم يملك الثمن ، وبين أن يأكلها إن كانت مأكولة ويفرم قيمتها . والخصلة الأولى أولى من الثانية ، والثانية أولى من الثالثة . وإن وجدها في العمران ، فله الإمساك مع التعريف والتملك ، وله البيع والتعريف وتملك الثمن . وفي الأكل قولان . أحدهما : الجواز كالمفازة . وأظهرها عند الأكثرين : المنع ، لأن البيع في العمران أسهل . هذا إذا كانت مأكولة ، فأما الجحش وصفار ما لا يؤكل ، فحكها في الإمساك والبيع حكم المأكول . وفي جواز تملكها في الحال ، وجهان . أحدهما : نعم ، كما يجوز أكل المأكول . ولو لم نجوز ذلك لأعرض عنها الواجدون ولضاعت . وأصحها : لا يجوز تملكها حتى تمرّف سنة كغيرها .

ديتفرع على الخصال الثلاث مسائل .

إحداها : إذا أمسكها وتبرع بالانفاق ، فذاك . وإن أراد الرجوع ، فلينفق باذن الحاكم . فان لم يجد حاكماً ، أشهد كما سبق في نظائره .

الثانية : إذا أراد البيع ، فان لم يجد حاكماً ، استقل به . وإن وجد ، فالأصح أنه يجب استئذانه . وهل يجوز بيع جزء منها لنفقة باقياها ؟ قال الامام : نعم ، كما تباع جميعها . وحكى عن شيخه احتمالاً أنه لا يجوز ، لأنه يؤدي إلى أن تأكل نفسها ، وبهذا قطع أبو الفرج الزاز ، قال : ولا يستقرض على المالك أيضاً ، لهذا المعنى ، لكنه يخالف ما سبق في هرب الجمل ونحوه .

قلت : الفرق بينه وبين هرب الجمل ظاهر ، فان هناك لا يمكن البيع لتعلق حق المستأجر ، وهنا يمكن ، فلا يجوز الاضرار بالكلها من غير ضرورة .

والله أعلم

فرع

متى حصلت الضائفة في يد الحاكم ، فان كان هناك حمى ، سرّحها فيه ووسمها بسمه الضوال ، ويسم نتائجها أيضاً . وإن لم يمكن ، فالقول في بيع كلها أو بعضها للنفقة على ما سبق ، لكن لو توقع مجيء المالك في طلبها على قرب ، بأن عرف أنها من نعم بني فلان ، تأتّى أياماً كما يراه .

الضرب الثاني : الآدمي ، فاذا وجد رقيقاً مميزاً ، والزمان آمن ، لم يأخذه ، لأنه يستدل على سيده . وإن كان غير مميز أو مميزاً في زمن نهب ، جاز أخذه كسائر الأموال . ثم يجوز تملك العبد والأمة التي لا تحل كالمجوسية والمحرّم . وإن كانت ممن تحل ، فعلى قولين كالاستقراض . فان منعاه ، لم يجب التعريف ، كذا ذكره الشيخ أبو حامد . وينفق على الرقيق مدة الحفظ من كسبه ، وما بقي من الكسب

حفظ معه . فان لم يكن كسب ، فعلى ماسبق في الصنف الثاني . وإذا بيع ثم ظهر المالك وقال : كنت أعتقته ، فقولان . أظهرهما : يقبل قوله ويحكم بفساد البيع .
والثاني : لا ، كما لو باع بنفسه .

النوع الثاني : الجاد ، وينقسم إلى ما يبقى بمعالجة ، كالرطب يجفف ، أو بغيرها ، كالذهب والفضة والثياب ، وإلى ما لا يبقى ، كالحريسة ، وكل ذلك لقطة يؤخذ ويملك ، لكن فيما لا يبقى أو يبقى بمعالجة مزيد كلام نذكره في الباب الثاني إن شاء الله تعالى .
القسم الثاني : ما ليس بمال ، ككلب يقتنى ، فيل الامام والآخذين عنه ، إلى أنه لا يؤخذ إلا على قصد الحفظ أبداً ، لأن الاختصاص به بموضع ممتنع ، وبلا عوض يخالف وضع اللقطة . وقال الأكثرون : يعرفه سنة ثم يختص وينتفع به ، فان ظهر صاحبه بعد ذلك وقد تلف ، فلا ضمان . وهل عليه أجرة المثل لمنفعة تلك المدة ؟ وجهان بناءً على جواز إجارتها .

فصل

يشترط في اللقطة ثلاثة شروط غير ماسبق .

أحدها : أن تكون شيئاً ضاع من ماله لسقوط أو غفلة ونحوها . فأما إذا ألقت الريح ثوباً في حجره ، أو ألقي إليه هارب كيساً ولم يعرف من هو ، أو مات مورثه عن ودائع وهو لا يعرف ملاكها ، فهو مال ضائع يحفظ ولا يتملك . ولو وجد دفيناً في الأرض ، فالقول في أنه ركاز أو لقطة سبق في الزكاة .

الثاني : أن يوجد في موات ، أو شارع ، أو مسجد . أما إذا وجد في أرض مملوكة ، فقال المتولي : لا يؤخذ للتملك بعد التعريف ، بل هو لصاحب اليد في

الأرض ، فإن لم يدّعه ، فلمن كانت في يده قبله ، وهكذا إلى أن ينتهي إلى المحي ، فإن لم يدّعه ، حينئذٍ يكون لقطة .

الثالث : أن يكون في دار الاسلام ، أو في دار الحرب وفيها مسلمون . أما إذا لم يكن فيها مسلم ، فما يوجد فيها غنيمة ، خمسها لأهل الخمس ، والباقي للواجد ، ذكره البغوي وغيره .

الباب الثاني

في أحكام الالتقاط الصحيح

وهي أربعة .

[الحكم الأول : في الأمانة والضمان ، ويختلف ذلك بقصده . وله أحوال .

أحدها : أن يأخذها ليحفظها أبداً ، فهي أمانة في يده . فلو دفعها إلى الحاكم لزمه القبول . وكذا من أخذ للتملك ثم بدا له ودفعها إلى الحاكم ، لزمه القبول . وهل يجب التعريف إذا قصد الحفظ أبداً ؟ وجهان يأتي بيانها إن شاء الله تعالى . فإن لم يجب ، لم يضمن بتركه . وإذا بدا له قصد التملك ، عرفها سنة من يومئذ ، ولا يعتد بما عرف من قبل . وإن أوجبناه ، فهو ضامن بالترك . حتى لو بدأ بالتعريف بعد ذلك ، فهلك في سنة التعريف ، ضمن .

الثاني : أن يأخذ بنية الخيانة والاستيلاء ، فيكون ضامناً غاصباً . وفي براءته بالدفع إلى الحاكم ، الوجهان في الناصب ، فلو عرف بعد ذلك وأراد التملك ، لم يكن له ذلك على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، كالنصاب . وقيل : وجهان ، لوجود صورة الالتقاط .

الثالث : أن يأخذها ليعرفها سنة ويتملكها بعد السنة ، فهي أمانة في السنة ،

وأما بعد السنة ، فإن قلنا : تملك بمضي السنة ، فقد دخلت في ملكه وضمانه، وإلا، فقال الفزالي : تصير مضمونة عليه إذا كان غُرم التملك مطرداً ، ولم يوافق غيرَه ، فالأصح ما صرح ابن الصباغ والبنغوي : أنها أمانة ما لم يختَر التملك قصداً ، أو لفظاً إذا اعتبرناه ، كما قبل الحول ، لكن إذا اختار وقلنا : لا بد من التصرف، فحينئذٍ يكون مضموناً عليه كالقرض . وإذا قصد الأمانة ثم قصد الخيانة ، فالأصح أنه لا يصير مضموناً عليه بمجرد القصد، كالودع لا يضمن بنيّة الخيانة على المذهب . والثاني : يصير، لأنه لم يسلطه المالك . ومما صار للمتقسط ضامناً في الدوام، إما بحقيقة الخيانة أو بقصدها ، ثم أقنع وأراد أن يعرف ويملك ، فله ذلك على الأصح .

الحال الرابع : أن يأخذ اللقطة ولا يقصد خيانة ولا أمانة ، أو يقصد أحدهما وينساه ، فلا تكون مضمونة عليه وله التملك بشرطه .

الحكم الثاني : التعريف ، فينبغي للمتقسط أن يعرف اللقطة ويعرفها . أما المعرفة، فيعلم عفاصها، وهو الوعاء من جلد وخرقة وغيرها، ووكاءها، وهو الخيط الذي تُشدُّ به ، وجنسها ، أذهب أم غيره ؟ ونوعها ، أهروية أم غيرها ؟ وقدرها ، بوزن أو عدد . وإنما يعرف هذه الأمور لئلا تختلط بماله ويستدل بها على صدق طالبها، ويستحب تقييدها بالكتابة .

وأما التعريف ، ففيه مسائل .

إحداها : يجب تعريف اللقطة سنة ، وليس ذلك بمعنى استيعاب السنة ، بل لا يعرف في الليل، ولا يستوعب الأيام أيضاً ، بل على الممتد ، فيعرف في الابتداء في كل يوم مرتين طرفي النهار ، ثم في كل يوم مرة ، ثم في كل أسبوع مرتين أو مرة ، ثم في كل شهر بحيث لا ينسى أنه تكرر لأول . وفي وجوب المبادرة بالتعريف على الفور وجهان . الأصح الذي يقتضيه كلام الجمهور : لا يجب ، بل المعتبر تعريف سنة متى كان . وهل تكفي سنة مفرقة بأن يفرق شهرين مثلاً ويترك شهرين ، وهكذا ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا ، وبه قطع الامام ، لأنه لا تظهر فائدة التعريف .

فعلى هذا ، إذا قطع مدة ، وجب الاستئناف . والثاني وبه قطع المراقبون والروائي : نعم . قلت : هذا الثاني أصح ، ولم يقطع به المراقبون بل صححوه ، لأنه عرّف سنة .

والله أعلم

الثانية : ليصف الملتقط بعض أوصاف اللقطة ، فانه أقرب إلى الظنّ بالمالك . وهل هو شرط ، أم مستحب ؟ وجهان . أصحابها : مستحب . فان شرطناه ، فهل يكفي ذكر الجنس بأن يقول : من ضاع منه دراهم ؟ قال الامام : عندي أنه لا يكفي ، ولكن يتعرّض للعقاص والوكاء ومكان الالتقاط وزمنه ، ولا يستوعب الصفات ولا البالغ فيها لئلا يتمددا الكاذب . فان بالغ ، ففي مصيره ضامناً وجهان ، لأنه لا يلزمه الدفع إلا ببينة ، لكن قد يرفعه إلى حاكم يلزمه الدفع بالوصف .

قلت : أصحابها : الضمان . والله أعلم

الثالثة : إن تبرع الملتقط بالتعريف ، أو بذل مؤنته ، فذاك ، وإلا ، فان أخذها للحفاظ أبداً ، فان قلنا : لا يجب التعريف والحالة هذه ، فهو متبرع إن عرّف . وإن قلنا : يجب ، فليس عليه مؤنته ، بل يرفع الأمر إلى القاضي لبيذل أجرته من بيت المال ، أو يقترض على المالك ، أو يأمر الملتقط به ايرجع كما في هرب الجتال . وإن أخذها للتملك واتصل الأمر بالتملك ، فتؤنة التعريف على الملتقط قطعاً . وإن ظهر مالها ، فهل هي على الملتقط لقصد التملك ، أم على المالك لعود الفائدة إليه ؟ فيه وجهان . أصحابها : أولها . ولو قصد الأمانة أولاً ، ثم قصد التملك ، ففيه الوجهان .

الرابعة : ما ذكرناه من وجوب التعريف ، هو فيما إذا قصد التملك ، أما إذا قصد الحفظ أبداً ، ففي وجوبه وجهان . أحدهما عند الامام والغزالي : وجوبه ، لئلا يكون كتماناً مفوتاً للحق على صاحبه . والثاني وبه قطع الأكثرون : لا يجب ، قالوا : لأن التعريف إنما يجب لتخصيص (١) شرط التملك .

قلت : الأول أقوى ، وهو المختار . والله أعلم

الخامسة : ليكن التعريف في الأسواق ومجامع الناس وأبواب المساجد عند خروج الناس من الجماعات ، ولا يعرف في المساجد ، كما لا تطلب اللقطة فيها ، قال الشافعي في « المتمدن » : إلا أن الأصح جواز التعريف في المسجد الحرام ، بخلاف سائر المساجد . ثم إذا التقط في بلدة أو قرية ، فلا بد من التعريف فيها ، وليكن أكثر تعريفه في البقعة التي وجد فيها ، لأن طلب الشيء في موضع ضياعه أكثر . فإن حضره سفر ، فوَضَّ التعريف إلى غيره ، ولا يسافر بها . وإن التقط في الصحراء ، فمن أبي إسحاق : أنه إن اجتازت به قافلة ، تبعهم وعرف ، وإلا ، فلا فائدة في التعريف في المواضع الخالية ، ولكن يعرف في البلدة التي يقصدها قربت أم بعدت . وإن بدا له الرجوع ، أو قصد بلدة أخرى ، عرف فيها ولا يكلف أن يفتّر قصده ، ويمدل إلى أقرب البلاد إلى ذلك الموضع ، حكاه الامام وتابعه الغزالي . ولكن ذكر المتولي وغيره : أنه يعرف في أقرب البلاد إليه ، وهذا إن أراد به الأفضل فذاك ، وإلا ، فيحصل في المسألة الوجهان .

قلت : الأصح : أنه لا يكلف المدول . والله أعلم

(١) في نسخة الظاهرية : لتحقيق .

فرع

ليس الملتقط تسليم المال إلى غيره ليعرفه إلا بأذن الحاكم ، فإن فعل ، ضمن ، ذكره ابن كج وغيره .

فرع

يشترط كون المرف عاقلاً غير مشهور بالخلاعة والمجون ، وإلا ، فلا يعتمد قوله ، ولا تحصل فائدة التعريف .

فصل

إنما يجب تعريف اللقطة إذا جمعت وصفين ، أحدهما : كون الملتقط كثيراً . فإن كان قليلاً ، نظراً ، إن انتهت قِلَّتُهُ إلى حدٍّ يُسقط تموله كحبة الحنطة والزبيبة ، فلا تعريف ، ولو أجدد الاستبداد به . وإن كان متمولاً مع قلته ، وجب تعريفه ، وفي قدر تعريفه وجهان . أصحابها عند العراقيين : [سنة] كالكثير . وأشبهها باختيار معظم الأصحاب : لا يجب سنة . فعلى هذا أوجه . أحدها : يكفي مرة . والثاني : ثلاثة أيام . وأصحابها : مدة يظن في مثلها طلب فاقده له ، فإذا غلب على الظن إعراضه ، سقط ، ويختلف ذلك باختلاف المال ، قال الروياني : فدائق الفضة يعرف في الحال ، ودائق الذهب يعرف يوماً ، أو يومين ، أو ثلاثة . وأما الفرق بين القليل والمتمول والكثير ، ففيه أوجه . أصحابها : لا يتقدّر ، بل ما غلب على الظن أن فاقده لا يكثر أسفه عليه ولا يطول طلبه له غالباً ، فقليل ، قاله الشيخ أبو محمد وغيره ، وصححه

الغزالي والمتولي . والثاني : القليل : مادون نصاب السرقة . والثالث : الدينار قليل .
والرابع : ما دون الدرهم قليل ، والدرهم كثير .

فرع

قال المتولي : يحل التقاط السنابل وقت الحصاد إن أذن فيه المالك ، أو كان قدراً لا يشق عليه أن يلتقط وإن كان يلتقط بنفسه لو اطلع عليه ، وإلا ، فلا يحل .

الوصف الثاني : أن يكون شيئاً لا يفسد . أما ما يفسد ، فضربان .

أحدهما : أن لا يمكن إبقاؤه كالمريسة ، والرطب الذي لا يثمر ، والبقول .
فإن وجدته في بريئة ، فهو بالخيار بين أن يبيعه ويأخذ ثمنه ، وبين أن يملكه في الحال فيأكله ويغرم قيمته . وإن وجدته في بلدة أو قرية ، فطريقان .

أحدهما : على قولين . أحدهما : ليس له الأكل ، بل يبيعه ويأخذ ثمنه ماله ،
لأن البيع متيسر في العمران . والثاني وهو المشهور : أنه كما لو وجد في بريئة .
والطريق الثاني : القطع بالمشهور . فإذا لم نجوز الأكل فأخذ الأكل ، كان

غاصباً . وإذا جوزناه فأكل ، ففي وجوب التعريف بعده وجهان . أصحابها : الوجوب
إن كان في البلد ، كما أنه إذا باع يعرف . وإن كان في الصحراء ، قال الامام :

فالظاهر أنه لا يجب ، لأنه لا فائدة فيه . وهل يجب إفراز القيمة المغرومة من ماله ؟
وجهان . ويقال : قولان . أصحابها : لا ، لأن ما في الذمة لا يخشى هلاكه ،
وإذا أفرز [كان الفرز] أمانة . والثاني : يجب احتياطاً لصاحب المال ليقدّم بالفرز
لو أفلس الملتقط . وعلى هذا ، فالطريق أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ليقبض عن صاحب
المال . فإن لم يجد حاكماً ، فهل الملتقط بساطن الالتقاط أن يستنيب عنه ؟ فيه احتمال

عند الامام . وذكر الامام والنزالي ، أنه إذا أفرزها ، لم تصر ملكاً لصاحب المال ، بل هو أولى بتملكها . ولو كان كما قالوا ، لم يسقط حقه بهلاك المفرز . وقد نصوا على السقوط ، ونصوا أيضاً على أنه لو مضت مدة التعريف ، فله أن يملك المفرز كما يملك نفس اللقطة ، وكما يملك الثمن إذا باع الطعام ، وهذا يقتضي ضرورة المفرز ملكاً لصاحب اللقطة . ولو اختلفت قيمة يومي الأخذ والأكل ، ففي بعض الشروح أنه إن أخذ الأكل اعتبرت قيمة يوم الأخذ . وإن أخذ للتعريف ، اعتبرت قيمة يوم الأكل . وإذا اختار البيع ، ففي الحاجة إلى إذن الحاكم ماسبق في بيع الشاة . وإذا باع أو أكل ، عرف المبيع والمأكل باتفاق الاصحاب ، لا الثمن والقيمة ، سواء أفرزها ، أم لا .

الضرب الثاني : ما يمكن إبقاؤه بالمعالجة والتجفيف . فان كان الحظ لصاحبه في يمه رطباً ، يبيع ، وإلا ، فان تبرع الملتقط بالتجفيف ، فذاك ، وإلا ، يبيع بعضه وأنفق على تجفيف الباقي .

الحكم الثالث : التملك ، فيجبوز تملك اللقطة بعد التعريف ، سواء كان الملتقط غنياً أو فقيراً ، ومتى تملك ؟ فيه أوجه . أصحابها : لا تملك إلا بلفظ ، كقوله : تملك ونحوه . والثاني : لا تملك ما لم يتصرف . وعلى هذا ، يشبه أن يجيء الخلاف المذكور في القرض ، في أن الملك بأي نوع من التصرف يحصل . والثالث : يكفي فيه تجديد قصد التملك بعد التعريف ، ولا يشترط لفظ . والرابع : تملك بمجرد مضي السنة .

فرع

في لقطة مكة وحرما وجهان . الصحيح : أنه لا يجوز أخذها للتملك ، وإنما تؤخذ للحفاظ أبداً . والثاني : أنها كالقطة سائر البقاع . قال هذا القائل : والمراد

بقول النبي ﷺ : « لا تحل لقطتها إلا لمنشد » (١) أنه لا بد من تعريفها سنة كغيرها ،
لئلا يتوهم أن تعريفها في الموسم كافٍ لكثرة الناس وبعُد العود في طلبها من الآفاق .
قلت : قال أصحابنا : ويلزم الملتقط بها الإقامة للتعريف ، أو دفعها إلى الحاكم ،
فلا يجيء هنا الخلاف السابق فيمن التقط للتحفظ ، هل يلزمه التعريف ؟ بل يجزم
هنا بوجوبه ، لا حديث . والله أعلم

الحكم الرابع : رد عينها أو بدلها عند ظهور مالها . فإذا جاء من يدعيها ،
فإن لم يقر بينة أنها له ، ولم يصفها ، لم تدفع إليه ، إلا أن يعلم الملتقط أنها له ،
فيلزم الدفع إليه . وإن أقام بينة ، دفعت إليه . وإن وصفها ، نظر ، إن لم يظن
الملتقط صدقه ، لم يدفع إليه على المذهب والمعروف . وحكى الامام تردداً في جواز
الدفع . وإن ظن صدقه ، جاز الدفع إليه ، ولا يجب على المذهب ، وبه قطع الجمهور .
ونقل الامام في وجوبه وجهين . فعلى المذهب ، لو قال الواصف : يلزمك تسليمها
إليّ ، فله أن يحلف أنه لا يلزمه . ولو قال : تعلم أنها ملكي ، فله أن يحلف أنه
لا يعلم . ولو أقام الواصف شاهداً ، فالمذهب أنه لا يجب الدفع ، واختار الغزالي وجوبه .
وإذا دفعها إلى الواصف بوصفه ، فأقام غيره بينة أنها له ، فإن كانت باقية ، انتزعت
منه ودفعت إلى الثاني . وإن تلفت عنده ، فهو بالخيار بين أن يضمّن الملتقط
أو الواصف . فإن ضمّن الواصف ، لم يرجع على الملتقط . وإن ضمّن الملتقط ،
رجع على الواصف إن لم يقر بالملك للواصف . وإن أقر ، لم يرجع ، مؤاخذاً له .
هذا إذا دفع بنفسه . أما إذا أئزمه الحاكم الدفع إلى الواصف ، فليس لصاحب
البينة تضمينه .

(١) وهو جزء من حديث طويل ، وذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم لما فتح مكة قال :
« لا ينفر صيدها ، ولا يختلي شوكرها ، ولا تحل ساقطها إلا لمنشد » فقال العباس : ألا الاذخر فانا نجعله
لقبورنا وبيوتنا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إلا الاذخر » ، متفق عليه .
وفي رواية لها : « ولا يلتقط لقطته إلا من عرفها » .

فرع

لو جاء الواصف بعد أن تملك الملتقط اللقطة وأتلفها ، ففرمها الملتقط لظنه صدقه ، فأقام آخر بينة بها ، طالب الملتقط دون الواصف ، لأن الحاصل عند الواصف مال الملتقط ، لا ماله . وإذا غرم الملتقط ، هل يرجع على الواصف ؟ ينظر ، هل أقر له بالملك أم لا كما سبق .

فرع

أقام مدّعي اللقطة شاهدين عدلين عنده وعند الملتقط ، وهما فاسقان عند القاضي ، لم يلزمه القاضي المدعى على الصحيح . وقيل : يلزمه ، لاعترافه بمدّاتها .

فرع

[إذا] ادعاهما اثنان ، وأقام كل واحد بينة أنها له ، ففيه أقوال التعارض .

فصل

إذا ظهر المالك قبل تملك الملتقط ، أخذ اللقطة بزوائدها المتصلة والمنفصلة . وإن ظهر بعد التملك ، فللقطة حالان . أحدهما : أن تكون باقية عنده ، فينظر ، إن بقيت بحالها ، فوجهان . أصحها : له أخذها ، وليس الملتقط أن يلزمه أخذ بدلها . والثاني : المنع ، فلا شك أنه لو ردها الملتقط لزم المالك القبول ، فبلى الأصح :

لو باعها الملتقط فجاء المالك في مدة الخيار ، فهل له فسخ البيع ؟ وجهان حكاهما الثاني ، ووجه النع بأن الفسخ حق للعائد ، فلا يتمكن منه غيره بغير إذنه . وجعل ابن كج الوجهين في أنه يجبر الملتقط على الفسخ ، ويجوز فرض الوجهين في الانفساخ . فان زادت ، فالمتصلة تتبعها ، والمنفصلة تسلم للملتقط ، ويرد الاصل . وإن نقصت بميب ونحوه قلنا : لو بقيت بحالها لم يكن للمالك أخذها قهراً ، رجع إلى بدلها سليمة . وإن قلنا : له أخذها قهراً ، فكذا هنا ، ويفرمة الأرض ، لأن الكل مضمون عليه . وقيل : لا أرض عليه ، وبه قطع البغوي . ولو أراد بدلها ، وقال الملتقط : أضمت إليها الأرض وأردتها ، أجيب الملتقط على الأصح . وإثاني : يجاب المالك ، فله الخيار بين البدل أو العين الناقصة مع الأرض أو دونه كما سبق .

الحالة الثانية : أن تكون تالفة ، فعليه بدلها : المثل ، أو القيمة . والاعتبار بقيمة يوم التملك . وقال الكرايسي من أصحابنا : لا يطالب بالقيمة ، ولا برد العين عند بقائها . والصحيح المعروف هو الأول . وعلى هذا ، فالضمان ثابت في ذمته من يوم التلف . وعن أبي إسحاق المروزي : أنه لا يثبت ، وإنما يتوجه عند مجيء المالك وطلبه .

فصل

في مسائل تتعلق بالكتاب

أحداها : وجد رجلان لقطة ، يعرفانها ، ويتملكانها ، وليس لأحدهما نقل حقه إلى صاحبه ، كما لا يجوز للملتقط نقل حقه إلى غيره .

الثانية : تنازعا ، فأقام كل واحد بيئة أنه الملتقط ، فان تعرضت بيئة لسبق ، حكم بها ، وإلا ، فعلى الخلاف في تعارض البينتين .

الثالثة : ضاعت من يد الملتقط، فأخذها آخر ، فالأول أحق بها على الأصح .
وقيل : الثاني .

الرابعة : كانا يتماشيان، فرأى أحدهما اللقطة ، وأخبر بها الآخر، فالأخذ أولى .
فلو أراه اللقطة وقال : هاتها ، فأخذها لنفسه ، فهي للأخذ . وإن أخذها للأمر ،
أو له ولنفسه ، فعلى القولين في جواز التوكيل بالاصطياد ونحوه .

الخامسة : رأى شيئاً مطروحاً على الأرض ، فدفعه برجله ليعرف جنسه أو قدره
ولم يأخذه حتى ضاع ، لم يضمنه ، لانه لم يحصل في يده ، قاله المتولي .

السادسة : دفع اللقطة إلى الحاكم وترك التعريف والتملك ، ثم ندم وأراد أن
يعترف ويتملك ، ففي تمكينه وجهان حكاهما ابن كيج .

قلت : المختار المنع ، لانه أسقط حقه . والله أعلم

السابعة : قال في « المذهب » : لو وجد خمرأ أراقها صاحبها ، لم يلزمه تعريفها ،
لان إراقها مستحقة . فان صارت عنده خلاً ، فوجهان . أحدهما : أنها للربق ،
كما لو غصبها فصارت خلاً . والثاني : للواجد ، لانه أسقط حقه ، بخلاف الغصب ، وهذا
الذي ذكره تصويراً وتوجيهاً ، إنما يستمر في الحجرة المحترمة ، وحينئذ لا تكون إراقها
مستحقة . أما في الابتداء ، فظاهر . وأما عند الواجد ، فينبغي أن يجوز إمساكها
إذا خلا عن قصد فاسد ، ثم يشبه أن يكون ما ذكره مخصوصاً بما إذا أراقها ، لأنه
معرض . أما إذا ضاعت المحترمة من صاحبها ، فلتعريف كالسكب .

قلت : أما قول الامام الرافعي : يشبه أن يكون ... إلى آخره ، فكذا صرح به
صاحب « المذهب » فقال : وجد خمرأ أراقها صاحبها . وأما قوله : إن الواجد يجوز له إمساكها ،

فغير مقبول ، بل لا يجوز وإن خلا عن القصد الفاسد . والكلام فيما إذا لم يعلم
الواجد أنها محترمة ، وحينئذٍ فقول صاحب « المذهب » : الاراقة واجبة - يعني على
الواجد - كلام صحيح ، لان الظاهر عدم احترامها . والله أعلم

الثامنة : قد سبق أن البعير وما في معناه ، لا يلتقط إذا وُجد في الصحراء ،
واستثنى صاحب « التلخيص » ما إذا وجد بعيراً في أيام منى مقلداً في الصحراء
تقليد الهدايا ، فحكى عن نص الشافعي رضي الله عنه : أنه يأخذه ويمرقه أيام
منى . فان خاف فوت وقت النحر ، نحره ، والمستحب أن يرفعه إلى الحاكم حتى
يأمره بنحره . وحكى غيره قولاً أنه لا يجوز أخذه . وبنوا القولين على القولين
فيمن وجد بدنة منحورة قد غمس نعلها في دمها وضرب به صفحتها ، هل يجوز
الاكل منها ؟ فان منعاه ، منعنا الاخذ هنا . وإن جوزناه اعتماداً على العلامة ،
فكذا هنا التقليد علامة . والاضحية الميئنة إذا ذبحت في وقت النحر ، وقت
الموقع وإن لم يأذن صاحبها ، قال الامام : لكن ذبح الاضحية إن وقع الموقع ،
لا يجوز الاقدام عليه من غير إذن ، ولهذا الاشكال قال القفال تقريباً على [هذا]
القول : يجب رفع الامر إلى القاضي لينحره ، وأوّل قول الشافعي رضي الله عنه :
استحب . ثم لك أن تقول : الاستثناء غير منتظم وإن جوزنا الاخذ ، لان
الاخذ الممنوع إنما هو الاخذ للتملك ، ولا شك أن هذا البعير لا يؤخذ للتملك .
قلت : قد سبق في جواز أخذ البعير لآحاد الناس للحفاظ وجهان . فان منعناه ،
ظهر الاستثناء . وإن جوزناه وهو الاصح ، ففائدة الاستثناء جواز التصرف فيه بالنحر .

والله أعلم

كتاب اللقيط

يقال للصبي الملقى الضائع : لقيط ، وملقوطة ، ومنبوذ ، وفيه بابان .

[الباب الأول : في أركان الالتقاط الشرعي وأحكامه . أما الأركان ، فثلاثة .

أحدها : نفس الالتقاط ، وهو فرض كفاية . ومن أخذ لقيطاً ، لزمه الأشهاد عليه على المذهب ثلثا يضيّع نسبه . وقيل : في وجوبه قولان أو وجهان كاللقطة . وقيل : إن كان ظاهر المدالة ، لم يلزمه . وإن كان مستورها ، لزمه . فإن أوجبنا الأشهاد فتركه ، قال في « الوسيط » : لا تثبت ولاية الحضانة ، ويجوز الانتزاع ، وهذا يشمر باختصاص الأشهاد الواجب بابتداء الالتقاط . وإذا أشهد ، فليشهد على اللقيط ومأممه ، نص عليه .

الركن الثاني : اللقيط ، وهو كل صبي ضائع لا كافل له ، فيخرج بقيد الصبي البالغ ، لأنه مستغن عن الحضانة والتمدد ، فلا معنى للالتقاط . لكن لو وقع في معرض هلاك ، أعين ليتخلص . وفي الصبي الذي بلغ سن التمييز تردد للإمام ، والوافق لكلام الأصحاب : أنه يلتقط ، لحاجته إلى التمدد . والمراد بالضائع : المنبوذ . وأما غير المنبوذ ، فإن لم يكن له أب ولا جد ولا وصي ، فحفظه من وظيفة القاضي ، فيسلّمه إلى من يقوم به ، لأنه كان له كافل معلوم ، فإذا فُقد ، قام القاضي مقامه . وقولنا : لا كافل له ، المراد بالكافل : الأب والجد ومن يقوم مقامهما . والملة - ط - ممن هو في حضانة أحد هؤلاء ، لا معنى للالتقاط ، إلا أنه لو حصل في مضية أخذ ليُرَدَّ إلى حاضنه .

قلت : معناه : يجب أخذه لردّه إلى حاضنه . ولتمت العلم

الركن الثالث : الملتقيط ، ويشترط فيه أمور .

أحدها : التكليف ، فلا يصح النقاط الصبي والمجنون .

الثاني : الحرية ، فالعبد إذا التقط يُنتزع منه إن لم يأذن سيده . وإن أذن أو علم به فأقره في يده ، جاز وكان السيد هو الملتقط ، وهو نائيه في الاخذ والتربية ، والمكاتب إذا التقط بغير إذن السيد ، انتزع منه أيضاً . وإن التقط باذنه ، ففيه الخلاف في تبرعائه بالاذن ، لكن المذهب الانتزاع ، لأن في الالتقاط ولاية وليس هو [من] أهلها . فإن قال له السيد : التقط لي صغيراً ، فالسيد هو الملتقط . ومن بعضه حر إذا التقط في يومه ، هل يستحق كفالته ؟ وجهان حكاهما في « المعتمد » .

الثالث : الاسلام ، فالكافر يلتقط الطفل الكافر دون المسلم لأنه أولى به (١) ، والمسلم النقاط الصبي المحكوم بكفره .

الرابع : العدالة ، فليس للفاسق الالتقاط . ولو التقط ، انتزع منه ، وأما من ظاهر حاله الامانة ، إلا أنه لم يختبر ، فلا ينتزع من يده ، لكن يوكل القاضي به من يراقبه بحيث لا يعلم إلا بتأذني . فإذا وثق به ، صار كملوم العدالة . وقبل ذلك لو أراد المسافرة به ، منع وانتزع منه ، لأنه لا يؤمن أن يسترقه .

الخامس : الرشد ، فالبلذر المحجور عليه ، لا يقر اللقيط في يده .

فرع

لا يشترط في الملتقط الذكورية قطعاً ، ولا النفي . وقيل : لا يقر في يد الفقير ، والصحيح الأول .

(١) في نسخة الظاهرية : لأنه ولا .

فصل

إذا ازدحم اثنان على لقيط ، نظر ، إن ازدحما قبل الأخذ ، وطلب كل واحد أخذه وحضاته ، جعله الحاكم في يد من رآه منها أو من غيرهما ، إذ لا حق لهما قبل الأخذ . وإن ازدحما بعد الأخذ ، فإن لم يكن أحدهما أهلاً للالتقاط ، سلّم اللقيط إلى الآخر . وإن كانا أهليين ، قدّم أسبقهما بالالتقاط . وهل يثبت السبق بالوقوف على رأسه بغير أخذ ؟ وجهان . أصحها : لا . وإن لم يسبق واحد منهما ، فقد يختص أحدهما بصفة تقدّمه ، وقد يستويان ، والصفات المقدّمة أربع .

إحداها : الفنى ، فإذا كان أحدهما غنياً والآخر فقيراً ، فقليل : يستويان . والأصح تقديم الفنى . وعلى هذا لو تفاوتوا في الفنى ، فهل يقدّم أكثرهما مالاً ؟ وجهان . قلت : الأصح لا يقدم . والله أعلم

الثانية : البلد ، فلو كان أحدهما بليداً والآخر قروياً أو بدوياً ، ففيه كلام نذكره إن شاء الله تعالى في فصل الأحكام .

الثالثة : من ظهرت عدالته بالاختبار ، يقدّم على المستور على الأصح .

الرابعة : الحر أولى من الممسكاتب وإن التقط باذن سيده . كان أحدهما عبداً التقط باذن سيده ، فالاعتبار بالسيد والآخر ، ولا تقدّم المرأة على الرجل ، بخلاف الأم في الحضانة ، لأن شفقتها أكمل ، ويتساوى المسلم والذمي في اللقيط المحكوم بكفره ، وقيل : بقدّم المسلم ، وقيل : الذمي ، والاول أصح . وإذا استويا في الصفات وتشاحّا ، أقرع بينهما على الصحيح النصوص وقول الجمهور . وقال ابن خيران : يقدّم الحاكم من رآه منها أصلح للقيط ، فإن استويا أو تخيّر ، أقرع . قال الأصحاب : ولا يخيّر الصبي بينهما ، وإن كان ابن سبع سنين فأكثر ، بخلاف تخييره بين

الابوين، لان هناك يمول على الميل بسبب الولادة . وقال الامام : يحتمل أن يخيّر ويقدم اختياره على القرعة ، وإذا خرجت القرعة لاحدهما ، فترك حقه للآخر ، لم يجز ، كما ليس للمنفرد نقل حقه إلى غيره . ولو ترك حقه قبل القرعة ، فوجهان . أصحها : ينفرد به الآخر كالشفيعين . والثاني : لا ، بل يرفع الامر إلى الحاكم حتى يقره في يد الآخر إن رآه ، وله أن يختار أميناً آخر فيقرع بينه وبين الآخر . وقال الامام تفرعاً على الثاني : إن التارك لا يتركه الحاكم ، بل يقرع بينه وبين صاحبه . فان خرج عليه ، ألزمه القيام بحضاتته بناءً على أن المنفرد إذا شرع في الالتقاط ، لا يجوز له الترك ، وسيأتي إن شاء الله تعالى .

فصل

وأما أحكام الالتقاط .

فمنها : أن الذي يلزم الملتقط حفظ اللقيط ورعايته . فأما نفقته ، فلا تلزمه ، وسيأتي بيان محلها إن شاء الله تعالى . فان عجز عن الحفظ لأمر عرض ، سلمه إلى القاضي ، وإن تبرّم به مع القدرة ، فوجهان بناءً على أن الشروع في فرض الكفاية هل يلزم الاتمام وبصير الشارع متعيناً ؟ وموضع ذكره كتاب السيّر ، والاصح هنا : أن له التسليم إلى القاضي ، واختاره ابن كج ، ولا خلاف أنه يحرم عليه نبذه ورده إلى ما كان . واعلم أنهم يستعملون في هذا الباب لفظ الحضانة ، والمراد منه الحفظ والتربية ، لا الاعمال المفصلة في الاجارة ، لان فيها مشقة ومؤنة كثيرة ، فكيف تلزم من لا تلزمه النفقة ؟ وقد أوضحه البغوي فقال : نفقة اللقيط وحضاتته في ماله إن كان له مال ، ووظيفة الملتقط حفظه وحفظ ماله .

فرع

الملتقط البلدي ، إذا وجد لقيطاً في بلدته ، أقر في يده ، وإيس له نقله إلى البادية إن أراد الانتقال [إليها] ، بل ينتزع منه لمعينين . أحدهما : أن عيش البادية خشن ، وبفوته العلم بالدين والصنعة . والثاني : تعريض نسبه للضياع . فلو كان الموضع المنتقل إليه من البادية في بياض البلدة يسهل عليه تحصيل ما يراد منها ، فعلى المعنى الاول : لا يمنع . وعلى الثاني : إن كان أهل البلد يختلطون بهم ، فكذلك ، وإلا ، منع . وكما ليس له نقله إلى البادية ، فليس له نقله إلى قرية . ولو أراد نقله إلى بلدة أخرى ، أو النقطة غريب في تلك البلدة وأراد نقله إلى بلدته ، فعلى المعنى الاول : لا يمنع ، وعلى الثاني : يُمنع وينتزع اللقيط منه . والاول هو المنصوص ، وبه قال الجمهور . قال المتولي : ولا فرق بين سفر النقلة والتجارة والزيارة . ولو وجد القروي لقيطاً في قريته أو قرية أخرى أو [في] بلدة ، يقاس بما ذكرناه في البلدي . ولو وجد الحضري اللقيط في بادية ، نظر ، إن كان في مهلكة ، فلا بد من نقله ، وللملتقط أن يذهب به إلى مقصده . ومن قال في اللقطة : يعرفها في أقرب البلاد ، يشبه أن يقول : لا يذهب به إلى مقصده رعاية للنسب . وإن كان في حِلَّة^(١) أو قبيلة ، فله نقله إلى البلدة والقرية على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وعن القاضي حسين : أنه على وجهين بناءً على المعنيين . ولو أقام هناك ، أقر في يده قطعاً . أما البدوي ، فإذا التقط في قرية أو بلدة وأراد المقام بها أقر في يده . وإن أراد نقله إلى البادية أو قرية أو بلدة أخرى ، فعلى ما ذكرناه في الحضري . وإن وجدته في حِلَّة أو قبيلة في البادية ، فإن كان من أهل حِلَّة مقيمين في موضع راتب ، أقر في يده ، وإن كان ممن ينتقلون من موضع إلى موضع منتجين ، ففي منعه وجهان .

(١) قال في « المصباح » : الحلة ، بكسر الحاء : القوم النازلون ، وتطلق الحلة على البيوت مجازاً ، تسمية للحل باسم الحال ، وهو مائة بيت فافرقها ، والجمع : حلال بالكسر وحلل ، مثل صدره وسدر .

قلت : أصحابها لا منع . والله أعلم

فرع

لو ازدحم على لقيط في البلدة أو القرية مقيم بها وظاعن ، قال الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » : المقيم أولى . قال الاصحاب : إن كان الظاعن يظمن إلى البادية أو إلى بلدة أخرى ، وقلنا : ليس للمنفرد الخروج به إلى بلدة ، فالمقيم أولى ، وإن جوزنا له ذلك ، فهي سواء . ولو اجتمع على لقيط في القرية قروي مقيم بها وبلدي ، قال ابن كج : القروي أولى ، وهذا يخرج على منع النقل من بلد إلى بلد . فإن جوزناه ، وجب أن يقال : هما سواء .

قلت : المختار الجزم بتقديم القروي مطلقاً ، كما قاله ابن كج ، وإنما نجوز النقل إذا لم يعارضه معارض . والله أعلم

ولو اجتمع حضري وبدوي على لقيط في البادية ، نظر ، إن وجد في حلة أو قبيلة ، والبدوي في موضع راتب ، فهي سواء . وقال ابن كج : البدوي أولى إن كان مقيماً فيهم . وإن كان متجماً ، فإن قلنا : يقر في يده لو كان منفرداً ، فهي سواء ، وإلا ، فالحضري أولى . وإن وجد في مهلكة ، قال ابن كج : الحضري أولى . وقياس قوله : تقديم البدوي أو من كان مكانه أقرب إلى موضع الالتقاط ، أقرب .

فرع

اللقيط قد يكون له مال يستحقه بكونه لقيطاً أو بغيره ، فالأول : كالوقف على اللقطاء والوصية لهم ، والثاني : كالوصية لهذا اللقيط والهبة له والوقف عليه ، وقبل له القاضي من هذا ما يحتاج إلى القبول . ومن الأموال التي يستحقها ، ما يوجد تحت يده واختصاصه ، فان للصغير يداً واختصاصاً كالبالغ ، والأصل الحرية ما لم يعرف غيرها ، وذلك كثيابه التي هو لابسها والمفروشة تحته والملفوفة عليه ، وما غطي به من لحاف وغيره ، وما شُدَّ عليه وعلى ثوبه ، أو جعل في جيبه من حلي ودرام وغيرها ، وكذا الدابة التي عنانها بيده ، أو هي مشدودة في وسطه أو ثيابه ، والمهد الذي هو فيه ، وكذا الدنانير المنثورة فوقه والمصبوبة تحته وتحت فراشه . وفي التي تحته ، وجه ضئيف . ولو كان في خيمة أو دار ليس فيها غيره ، فها له . وعن « الحاوي » وجهان في البستان .

قلت : وطرد صاحب « المستظري » الوجهين في الضيعة وهو بعيد ، وينبغي القطع بأنه لا يحكم له بها . والله أعلم

ولو كان بقربه ثياب وأمتعة موضوعة ، أو دابة ، فوجهان . أصحابها : لا تجعل له كما لو كانت بريدة . والثاني : بلى ، لان هذا يثبت اليد والاختصاص ؛ ألا ترى أن الأمتعة الموضوعة في السوق بقرب الشخص تجعل له . والمال المدفون تحت اللقيط لا يجعل له ، لأنه لا يقصد بالدفن الضم إلى الطفل ، بخلاف ما يُلَفُّ عليه ويوضع بقربه . فلو وجدت معه أو في ثيابه رقعة مكتوب فيها : إن تحته دفناً له ، فوجهان . أصحابها عند الغزالي : أنه له بقرينة المكتوب . والثاني : لا أثر للرقعة ، وهو الموافق لكلام

الأكثرين . قال الامام : ومن عوّل على الرقعة ليت شمري ما يقول لو أرشدت الرقعة إلى دفين بالبعد منه ، أو دابة مربوطة بالبعد منه .

قلت : مقتضاه أن نجعله للقيط ، فإن الاعتماد إنما هو على الرقعة ، لا على كونه تحته . والله أعلم

ولو كانت دابة مشدودة بالقيط وعليها راكب ، قال ابن كج : هي بينها . ثم إن ماسوى الدفين من [هذه] الاموال إذا لم يجعل للقيط ، فهو لقطة ، والدفين قد يكون لقطة وقد يكون ركازاً كما سبق .

[فرع]

إذا عرف للقيط مال ، فنفقته في ماله . فإن لم يعرف ، فقولان . أظهرهما : ينفق عليه الامام من بيت المال من سهم المصالح . والثاني : يستقرض له الامام من بيت المال أو بعض الناس . فإن لم يكن في بيت المال شيء ولم يقرض أحد ، جمع الامام أهل الثروة من البلد وقسّط عليهم نفقته وجعل نفسه منهم . ثم إن بان رقيقاً ، رجعوا على سيده . وإن بان حراً أو له مال أو قريب ، فالرجوع عليه . وإن بان حراً لا قريب له ولا مال ولا كسب ، قضى الامام حقهم من سهم الفقراء أو المساكين أو الغارمين كما يراه .

قلت : اعتباره القريب غريب ، قلّ من ذكره ، وهو ضعيف ، فإن نفقة القريب تسقط بمضي الزمان . والله أعلم

أما إذا قلنا بالأظهر : إنه يتفق من بيت المال ، فإن لم يكن فيه مال ، أو كان هناك ما هو أهم ، كسد ثغر يعظم ضرره لو ترك ، قام المسلمون بكفايته ، ولم يجز لهم تضييعه . ثم هل طريقه طريق النفقة ، أم طريق القرض ؟ قولان . أظهرهما والذي يقتضي كلام العراقيين وغيرهم : ترجيحه أنه طريق القرض . فإن قلنا : طريق النفقة ، فقام به بعضهم ، اندفع الحرج عن الباقيين . وإن امتنعوا ، أثموا كلهم ، وطالبهم الامام . فإن أصروا ، قاتلهم ، وعند التعمد يقرض على بيت المال وينفق عليه ، وإن قلنا : طريق القرض ، يثبت الرجوع . وعلى هذا ، إن تيسر الاقتراض ، فذاك ، وإلا ، قسط الامام نفقته على الموسرين من أهل البلد ، [ثم] إن ظهر عبداً ، فالرجوع على سيده . وإن ظهر له مال أو اكتسب ، فالرجوع عليه . فإن لم يكن له شيء ، قضى من سهم المساكين أو الغارمين . وإن حصل في بيت المال مال قبل بلوغه ويساره ، قضى منه . وإن حصل في بيت المال ، أو حصل للقيط مال دفعة واحدة ، قضى من مال القيط كما لو كان له مال وفي بيت المال مال . ولم يتعرض الاصحاب لطرد الخلاف ، في أنه إنفاق أو إقراض ، إذا كان في بيت المال مال وقلنا : نفقته منه ، والقياس طرده .

قلت : ظاهر كلامهم ، أنه إنفاق ، فلارجوع لبيت المال قطعاً ، وهذا هو المختار الظاهر . والله أعلم

وحيث قلنا : يقسطها الامام على الاغنياء ، فذاك عند إمكان الاستيعاب . فإن كثروا أو تعذر التوزيع عليهم ، قال الامام : يضربها السلطان على من يراه منهم باجتهاده . فإن استووا في اجتهاده ، تحيّر ، والمراد أغنياء تلك البلدة أو القرية .

فصل

إذا كان للقيط مال ، هل يستقل الملتقط بحفظه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، بل يحتاج إلى إذن القاضي ، إذ لا ولاية للملتقط . وأرجحها على ما يقتضيه كلام البغوي : الاستقلال .

قلت : رجع [الامام] الرافعي أيضاً في « المحرر » ، هذا الثاني . والله أعلم

ولو ظهر منازع في المال المخصوص بالقيط ، فليس للملتقط خاصيته على الأصح ، وسواء قلنا: له الاستقلال بالحفظ ، أم لا ، فليس له إنفاقه على القيط إلا بأذن القاضي إذا أمكن مراجعته . فإن اتفق ، ضمن ، ولم يكن له الرجوع على القيط كمن في يده مال وديعة ليتيم أنفقها عليه . وحكى ابن كج وجهاً أنه لا يضمن ، [وهو شاذ] ، وإذا رفع الأمر إلى الحاكم ، فليأخذ المال منه ويسلمه إلى أمين لينفق منه على القيط بالمعروف ، أو يصرفه إلى الملتقط يوماً يوماً . ثم إن خالف الأمين وقتر عليه ، منع منه ، وإن أسرف ، ضمن كل واحد من الأمين والملتقط الزيادة ، والقرار على الملتقط إن كان سلم إليه ، لحصول الهلاك في يده وهل يجوز أن يترك المال في يد الملتقط ويأذن له في الانفاق منه ؟ تقدم عليه مسألة ، وهي أنه إذا لم يكن للقيط مال واحتيج إلى الاقتراض له ، هل يجوز للقاضي أن يأذن للملتقط في الانفاق عليه من مال نفسه [ليرجع] ؟ نص أنه يجوز ، ونص في الضائقة ، أنه لا يأذن لواجدها في الانفاق من مال نفسه ليرجع على صاحبها ، بل يأخذ المال منه ويدفعه إلى أمين ، ثم الأمين يدفع إليه كل يوم قدر الحاجة ، فقال جمهور الأصحاب : المسألتان على قولين . أحدهما : المنع فيها . وأظهرهما عند الشيخ أبي حامد : الجواز فيها للحاجة ، لكثرة المشقة ، ويلحق لأمين

بالأب في ذلك ، وسبق مثل هذا الخلاف في إنفاق المالك عند هرب عامل المساقاة والجنّال ، وأجراه أبو الفرج السرخسي في إنفاق قيم الطفل من مال نفسه . وقالت طائفة بظاهر النصين ، وفرقوا بأن اللقيط لاولي له في الظاهر . رجعنا إلى إذن الحاكم للملتقط في الانفاق من مال اللقيط ، فالأكثرون طردوا الطريقين في جوازه ، والاحسن ما أشار إليه ابن الصباغ ، وهو القطع بالجواز كقيم اليتيم يأذن له القاضي في الانفاق من ماله عليه ، وينبغي أن يجري هذا الخلاف في تسليم ما اقترضه القاضي على الجنّال الهارب إلى المستأجر ، ولا ذكر له هناك . وإذا جوزنا ، فبلغ اللقيط واختلفا فيما أنفق ، فالقول قول الملتقط إذا ادعى قدر الايفاء في الحال ، وقد سبق في هرب الجنّال وجه : أن القول قول الجنّال ، والقياس طرده هنا . وإن ادعى زيادة على اللائق ، فهو مقر بتفريطه ، فيضمن ، ولا معنى للتخفيف . قال الامام : لكن لو وقع النزاع في عين ، فزعم الملتقط أنه أنفقها ، فيصدق لتقطع المطالبة بالعين ، ثم يضمن كالناسب إذا ادعى التلف ، هذا كله إذا أمكن مراجعة القاضي . فإن لم يكن هناك قاضٍ ، فهل ينفق من مال اللقيط عليه بنفسه ، أم يدفعه إلى أمين لينفق عليه ؟ قولان . أظهرهما : الاول . فعلى هذا ، إن أشهد لم يضمن على الصحيح ، وإلا ، ضمن على الأصح .

الباب الثاني في أحكام اللقيط

هي أربعة .

الأول : الاسلام ، وإسلام الشخص قد يثبت بنفسه استقلالاً ، وقد يثبت تبعاً . أما القسم الأول ، فالبالغ العاقل ، يصح منه مباشرة الاسلام بالنطق إن كان ناطقاً ،

وبالإشارة إن كان أخرس . وأما المجنون والصبي الذي لايميز، فلا يصح إسلامها مباشرة بلا خلاف ، ولا يحكم بإسلامها إلا بالتبعية . وأما الصبي المميز ، ففيه أوجه . الصحيح النصوص : لا يصح إسلامه . والثاني : يتوقف . فإن بلغ واستمر على كلمة الاسلام ، تبينا كونه مسلماً من يومئذ . وإن وصف الكفر ، تبينا أنه كان لغواً . وقد يعبر عن هذا بصحة إسلامه ظاهراً لا باطناً . والثالث : يصح إسلامه حتى يفرق بينه وبين زوجته الكافرة ويورث من قريبه المسلم ، قاله الاصطخري . وعلى هذا ، لو ارتد ، صحت رده ، لكن لا يقتل حتى يبلغ . فإن تاب ، وإلا ، قتل . قلت : الحكم بصحة الرده ، بعيد ، بل غلط . والله أعلم

فاذا قلنا بالصحيح ؛ فقد قال الشافعي رضي الله عنه : يحال بينه وبين أبويه وأهله الكفار لثلا يفتنوه . فإن بلغ ووصف الكفر ، هدّد وطولب بالاسلام . فإن أصر ، رد إليهم . وهل هذه الحيلولة مستحبة ، أم واجبة ؟ وجهان . أصحها : مستحبة ، فليتلطف بوالديه ليؤخذ منها . فإن أبيا ، فلا حيلولة . هذا في أحكام الدنيا . فأما ما يتعلق بالآخرة ، فقال الاستاذ أبو إسحاق : إذا أضمر الاسلام كما أظهره ، كان من الفائزين بالجنة ، ويعبر عن هذا بصحة إسلامه باطناً لا ظاهراً . قال الامام : في هذا إشكال ، لأن من يحكم له بالفوز لاسلامه ، كيف لا يحكم بإسلامه ؟ ويجاب عنه بأنه قد يحكم بالفوز في الآخرة وإن لم يحكم بأحكام الاسلام في الدنيا ، كمن لم تبلغه الدعوة .

فصل

للتبعية في الاسلام ثلاث جهات . إحداها : إسلام الأبوين أو أحدهما ، ويتصور

ذلك من وجهين . أحدهما : أن يكون الأبوان أو أحدهما مسلماً يوم العلوق ، فيحكم
باسلام الولد ، لأنه جزء من مسلم ، فإن بلغ ووصف الكفر ، فهو مرتد . والثاني :
أن يكونا كافرين يوم العلوق ، ثم يُسَلِّيا أو أحدهما ، فيحكم باسلام الولد في الحال .
قال الامام : وسواء اتفق الاسلام في حال اجتنبان الولد أو بعد انفصاله ، وسنذكر
إن شاء الله تعالى مايفترق فيه هذان الوجهان باسلامه . وفي معنى الأبوين الأجداد
والجدات ، سواء كانوا وارثين أم لم يكونوا ، فإذا أسلم الجد أبو الأب ، أو أبو الأم ،
تبعه الصبي إن لم يكن الأب حياً قطعاً ، وكذا إن كان على الأصح . ثم إذا بلغ
هذا الصبي ، فإن أفصح بالاسلام ، تأكيد ما حكمتنا به . وإن أفصح بالكفر ،
فقولان . المشهور : أنه مرتد ، لأنه سبق الحكم باسلامه جزئياً ، فأشبهه من باشر الاسلام
ثم ارتد ، وما إذا حصل العلوق في حال الاسلام . والثاني : أنه كافر أصلي ، لأنه
كان محكوماً بكفره أولاً وأزيراً ، فإذا استقل ، زالت التبعية . ويقال : إن
هذا القول مخرج ، ومنهم من لم يثبت وقطع بالأول . فإن حكمتنا بكونه مرتداً ،
لم ينقض شيئاً مما أمضيناه من أحكام الاسلام . وإن حكمتنا بأنه كافر أصلي ،
فوجهان . أحدهما : إمضاؤها بحالها ، لجرانها في حال التبعية . وأصحها : أنها تنبئ
بطلانها ، ونستدرك مايمكن استدراكه ، حتى يرد ماأخذ من تركه قريبه المسلم ،
ويأخذ من تركه قريبه الكافر ماحرمناه منه ، ونحكم بأن إعناقه عن الكفارة
لم يقع مجزئاً . هذا فيما جرى في الصغر . فأما إذا بلغ ومات له قريب مسلم قبل أن
يفصح بشيء ، أو أعتق عن الكفارة في هذا الحال ، فإن قلنا : لو أفصح بالكفر
كأنه مرتداً ، أمضينا أحكام الاسلام ولا تنقض . وإن جعلناه كافراً أصلياً ، فإن
أفصح بالكفر ، تبييناً أنه لا إرث ولاإجزاء عن الكفارة . وإن فات الافصاح
بموت أو قتل ، فوجهان . أحدهما : إمضاء أحكام الاسلام كما لو مات في الصغر .

وأصحها : تبين الانتقاض ، لان سبب التبعية الصغر وقد زال ، ولم يظهر في الحال حكمه في نفسه ، فيرد الامر إلى الكفر الأصلي . وعن القاضي حسين : أنه إن مات قبل الافصاح وبعد البلوغ ، ورثه قريبه المسلم . ولو مات له قريب مسلم ، فارثه عنه موقوف . قال الامام : أما التوريث منه ، فيخرج على أنه لو مات قبل الافصاح ، هل ينقض الحكم ؟ وأما توريثه ، فان أراد بالتوقف أنه يقال : لو أفصح بالاسلام ، فهو قريب ، ويستفاد به الخروج من الخلاف . أما لو مات القريب ، ثم مات هو ، وفات الافصاح ، فلا سبيل إلى الفرق بين توريثه والتوريث عنه . ولو قتل بعد البلوغ وقبل الافصاح ، ففي تعلق القصاص بقتله قولان . أحدهما : نعم . كما لو قتل قبل البلوغ . وأظهرهما : لا ، للشبهة وانقطاع التبعية . وأما الدية ، فالذي أطلقوه وحكموه عن نص الشافعي رضي الله عنه : تعلق الدية الكاملة بقتله ، وقياس قولنا : إنه لو أفصح بالكفر كان كافراً أصلياً ، أن لانوجب الدية الكاملة على رأي ، كما أنه إذا فات الافصاح بالموت يرد الميراث على رأي .

قلت : الصواب ما قاله الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم . والله أعلم

فرع

المحكوم بكفره إذا بلغ مجنوناً ، حكمه حكم الصغير ، حتى إذا أسلم أحد والديه تبعه . وإن بلغ عاقلاً ثم جن ، فكذلك على الاصح .

الجهة الثانية : تبعية السابي ، فاذا سبى المسلم طفلاً منفرداً عن أبويه ، حكمه باسلامه ، لأنه صار تحت ولايته كالابوين .

قلت : هذا الذي جزم به ، هو الدواب المقطوع به في كتب المذهب ،

وشذ صاحب « المذهب » فذكر في كتاب السّيَر في الحَكَم بِاسلامه وجهين ، وزعم أن ظاهر المذهب : أنه لا يحكم به ، وليس بشيء ، وإنما ذكرته تنبيهاً على ضعفه لئلا يغتر به . والله أعلم

فلو سباه ذمي ، فوجهان . أحدهما : يحكم بِاسلامه ، لانه من أهل دار الاسلام . وأصحها : لا ، لأن كونه من أهل الدار لم يؤثر فيه ولا في أولاده ، فغيره أولى . فعلى هذا ، لو باعه الذمي لمسلم ، لم يحكم بِاسلامه . ولو سبى ومعه أحد أبويه ، لم يحكم بِاسلامه قطعاً . فلو كانا معه ثم ماتا ، لم يحكم بِاسلامه أيضاً ، لأن التبعية إنما تثبت في ابتداء السبي .

قلت : معنى «سبي معه أحد أبويه» ، أن يكونا في جيش واحد وغنيمة واحدة ، ولا يشترط كونها في ملك رجل . قال البغوي في كتاب الظهار : إذا سباه مسلم ، وسبى أبويه غيره ، إن كان في عسكر واحد ، تبع أبويه . وإن كان في عسكرين ، تبع السابي . والله أعلم

فرع

حكم الصبي المحكوم بِاسلامه تبعاً للسابي إذا بلغ ، حكم المحكوم بِاسلامه تبعاً لأبويه إذا بلغ .

فرع

المحكوم بِاسلامه تبعاً لأبيه أو للسابي إذا وصف الكفر . فان جعلناه كافراً أصلياً ،

الحقنائه بدار الحرب . فان كان كفره مما يُفَرُّ عليه بالجزية ، قررناه برضاه . وإن وصف كفراً غير ما كان موصوفاً به ، فهو انتقال من مائة إلى مائة ، وفيه تفصيل وخلاف مذكور في كتاب النكاح . وأما تجهيزه والصلاة عليه ودفنه في مقابر المسلمين إذا مات بعد البلوغ وقبل الإفصاح ، فيتفرع على القولين في أنه لو أفصح بالكفر كان كافراً أصلياً أو مرتدّاً؟ ورأى الامام أن يتساهل في ذلك ويقام فيه شعار الاسلام . قلت : الذي رآه الامام هو المختار أو الصواب ، لأن هذه الأمور مبنية على الظواهر ، وظاهره الاسلام . والله اعلم

الجهة الثالثة : تسمية الدار . فاللقيط يوجد في دار الاسلام أو دار الكفر .

الحال الأول : دار الاسلام ، وهي ثلاثة أضرب .

أحدها : دار يسكنها المسلمون ، فاللقيط الموجود فيها مسلم وإن كان فيها أهل ذمة ، تغليبا للاسلام .

الثاني : دار فتحها المسلمون وأقرّوها في يد الكفار بجزية ، فقد ملكوها ، أو صالحوم ولم يملكوها ، فاللقيط فيها مسلم إن كان فيها مسلم واحد فأكثر ، وإلا ، فكافر على الصحيح . وقيل : مسلم ، لاحتمال أنه ولد من يكرم لإسلامه منهم .

الثالث : دار كان المسلمون يسكنونها ، ثم جلتوا عنها وغلب عليها الكفار ، فان لم يكن فيها من يُعرف بالاسلام ، فهو كافر على الصحيح . وقال أبو إسحاق : مسلم ، لاحتمال أن فيها كاتم لإسلامه . وإن كان فيها معروف بالاسلام ، فهو مسلم ، وفيه احتمال للامام . وأما عدد الأصحاب الضرب الثالث دار إسلام ، فقد يوجد في كلامهم ما يقتضي أن الاستيلاء القديم يكفي لاستمرار الحكم ، ورأيت لبعض

التأخرين تنزيل ما ذكروه على ما إذا كانوا لا ينعنون المسلمين منها ، فان منعوم ،
فهي دار كفر .

الحال الثاني : دار الكفر . فان لم يكن فيها مسلم ، فاللقيط الموجود فيها محكوم
بكفره . وإن كان فيها تجار مسلمون ساكنون ، فهل يحكم بكفره تبعاً للدار ،
أو بإسلامه تقليباً للإسلام ؟ وجهان . أصحابها : الثاني ، ويجريان فيما لو كان فيها
أسارى ؛ ورأى الامام ترتيب الخلاف فيهم على التجار ، لأنهم مقهورون . قال :
ويشبه أن يكون الخلاف في قوم ينتشرون ، إلا أنهم ممنوعون من الخروج من البلدة ،
فأما المحبوسون في الطامير^(١) ، فيتجه أن لا يكون لهم أثر كما لا أثر لطروق العابرين
من المسلمين ، وحيث حكنا بالكفر ، فلو كان أهل البقعة أصحاب ملل مختلفة ،
فالقياس أن يجعل من أصولهم ديناً .

فرع

الصبي المحكوم بإسلامه بالدار ، إذا بلغ وأفصح بالكفر ، فهو كافر أصلي
على المذهب . وقيل : قولان كالسلم تبعاً لأبويه أو السابي . أحدهما : أنه أصلي .
والثاني : أنه مرتد . فاذا قلنا : أصلي ، فهل تتوقف في حال صباه في الأحكام
التي يشترط لها الاسلام ؟ وجهان . أصحابها : لا ، بل غرضها كالمحكوم بإسلامه تبعاً
لأبيه . والثاني : تتوقف حتى يبلغ فيفصح بالاسلام . فان مات في صباه ، لم يحكم
بشيء من أحكام الاسلام ، وهذا ضعيف .

فرع

اللقيط الموجود في دار الاسلام ، لو ادعى ذمي نسبه وأقام عليه بيّنة ، لحقه

(١) الطامير ، جمع مطمورة ، وهي حفرة تخفر تحت الارض .

وتبعه في الكفر، وارتفع ما كنا نظنه . وإن اقتصر على مجرد الدعوى ، فالمذهب أنه مسلم، وهو المنصوص، وبه قطع أبو إسحاق وغيره ، وصححه الأكثرون . وقيل : قولان . ثانيها : بحكم بكفره ، لأنه يلحقه بالاستحقاق . فإذا ثبت نسبه ، تبعه في الدين كما لو أقام البيئة . وحجة المذهب : أننا حكمنا بإسلامه ، فلا نغيّره بمجرد دعوى كافر . وأيضاً فيجوز أن يكون ولده من مسلمة ، وحينئذ لا يتبع الدين النسب . وعلى الطرفين ، يحال بينهما كما ذكرنا فيما إذا وصف المميز الاسلام . ثم إذا بلغ ووصف الكفر ، فإن قلنا : يتبعه فيه ، قرّر، لكنه يهدّد، ولعله يسلم ، وإلا ، ففي تقريره ماسبق من الخلاف .

فرع

سبق أن اللقيط المسلم ، ينفق عليه من بيت المال إذا لم يكن له مال . فأما المحكوم بكفره ، فوجهان . أصحها : كذلك ، إذ لا وجه لتضييعه . الحكم الثاني : جناية اللقيط ، والجناية عليه . أما جنايته ، فإن كانت خطأ ، فوجبها في بيت المال، ولا نخرج ذلك على الخلاف في التوقف، كما لا يتوقف في صرف تركته إلى بيت المال . وإن كانت عمداً ، نظر ، إن كان بالغا ، فعليه القصاص بشرطه . وإن جنى قبل البلوغ ، فإن قلنا : عمد الصبي عمد ، وجبت الدية مغلظة في ماله . فإن لم يكن له مال ، ففي ذمته إلى أن يجد . وإن قلنا : خطأ ، وجبت مخففة في بيت المال . ولو أتلّف مالا ، فالضمان عليه ، فإن كان اللقيط محكوماً بكفره ، فالتركة في ذمته ، ولا تكون جنايته في بيت المال . وأما الجناية عليه ، فإن كانت خطأ ، نظر ، إن كانت على نفسه ، أخذت الدية ووضعت في بيت المال . وقياس من قال بالتوقف في أحكامه : أن لا يوجب الدية الكاملة ، ولم أره .

قلت : الصواب ، الجزم بالدية الكاملة . والله أعلم

وإن كانت على طرفه ، فواجبها حق اللقيط يستوفيه القاضي ، ويعود فيه القياس المذكور . وإن كانت عمداً ، فإن قُتِلَ ، وجب القصاص على الاظهر . وقيل : يجب قطعاً ، وهو نصه في « المختصر » ، لأنه مسلم معصوم . وإن قُتِلَ بعد البلوغ والافصاح بالاسلام ، وجب قطعاً . وقيل : على الخلاف ، لأن القصاص حق للمسلمين ، ولا يتصور رضى كليهم باستيفائه . وإن قُتِلَ بعد البلوغ قبل الافصاح ، فعلى الخلاف . وقيل : لا يجب قطعاً ، لقدرته على الافصاح الواجب . وإن كانت الجناية على الطرف ، وجب القصاص على المذهب . وقيل : قولان . ثانيها : يتوقف . فإن بلغ وأفصح ، تبيّناً وجوبه ، وإلا ، فعدمه . وإن كان الجاني على النفس أو الطرف كافراً رقيقاً ، وجب على المذهب . وقيل : قولان ، لأنه حق للمسلمين ، ولا يتصور رضاهم .

فرع

إذا أوجبنا له القصاص ، فقصاص النفس يستوفيه الامام إن رآه مصلحة . وإن رأى المدول إلى الدية ، عدل ، وليس له العفو مجاناً ، لأنه خلاف مصلحة المسلمين . وأما قصاص الطرف ، فإن كان اللقيط بالناً عاقلاً ، فالاستيفاء إليه ، وإلا ، فليس للامام استيفاءه . وقال القفال : يجوز في المجنون ، لأنه ليس لافاقته زمن معين ، وهذا ضعيف عند الاصحاب . وأضعف وجه حكاة السرخي في جواز الاقتصاص ، حيث يجوز له أخذ الأرض . والمذهب : المنع قطعاً . وإذا لم يقتص ، فهل له أخذ أرض الجناية ؟ نظر ، إن كان المجني عليه مجنوناً فقيراً ، [فله] ، وإن كان صيباً غنياً ، فلا ، وإن كان مجنوناً غنياً ، أو صيباً فقيراً ، فالأصح المنع . وحيث منعنا الأرض ،

أو لم زر المصلحة فيه ، يحبس الجاني إلى البلوغ والافاقة ، وإذا جوزناه فأخذه ، ثم بلغ الصبي أو أفاق المجنون وأراد أن يردّه [ويقتصر] ، ففي تمكّنه وجهان شبيهان بما لو عفا الولي عن الشفعة للمصلحة فبلغ وأراد الأخذ ، وهما مبنيان على أن أخذ المال عفو كلي وإسقاط للقصاص ، أم سببه الحيلولة لتعذر الاستيفاء ؟ وقد يرجح الأول بأن الحيلولة إنما تكون إذا جاءت من قبل الجاني كإباق المصوب .

قلت : الراجع الأول . والله أعلم

وما ذكرناه في أخذ الأرش للقيط ، جارٍ في كل طفل يليه أبوه أو جدّه بلا فرق . وحكى الامام عن شيخه ، أنه ليس للوصي أخذه ، قال : وهذا حسن إن جعلناه إسقاطاً . وإن قلنا : للحيلولة ، فينبغي أن لا يجوز [للوصي أيضاً] .

الحكم الثالث : نسب القيط ، وهو كسائر المجهولين ، فإذا استلحقه حر مسلم ، لحقه ، وقد سبق في كتاب الإقرار ما يشترط الاستلحاق ، ولا فرق في ذلك بين الملتقط وغيره ، لكن يستحب أن يقال الملتقط : من أين هو لك ؟ فربما توهّم أن الالتقاط يفيد النسب . وإذا ألحق بغير الملتقط ، ساءم إليه ، لأنه أحق من الأجنبي . واستلحاق الكافر ، كاستلحاق المسلم في ثبوت النسب ، لاستوائهما في الجهات المثبتة للنسب . وإن استلحقه عبد ، لحقه إن صدّقه السيد ، وكذا إن كذبه على الأظهر . وقيل : لا يلحق قطعاً . وقيل : يلحق قطعاً إن كان مأذوناً له في النكاح ومضى زمان إمكانه ، وإلا ، فقولان . والمذهب : لا حقوق مطلقاً ، ويجري الخلاف في إقرار العبد بأخ أو عم . وقيل بالمنع هنا قطعاً ، لأن الظهور بنسبه طريقاً آخر ، وهو إقرار الأب أو الجد ، ويجري فيما لو استلحق حرّاً عبد غيره وهو بالغ فصدّقه ، لما فيه من قطع الارث المنوّم بالولاء . وقيل : يثبت هنا قطعاً ، ويجري فيما لو استلحق المعتق غيره . والمنع هنا أبعد ، لاستقلاله بالنكاح والسرّي . وإذا صحّحنا استلحاق العبد ،

فلا يسلم إليه اللقيط ، لأنه لا يفرغ لحضاته وتربيته ، ولا نفقة عليه ، إذ لا مال له .

فرع

استلحقته امرأة وأقامت بينة ، لحقها ولحق زوجها إن أمكن الملق منه ، ولا ينتفي عنه إلا بلعان . هذا إذا قيدت البينة أنها ولدته على فراشه . فإن لم تعرض للفراش ، ففي ثبوت نسبه من الزوج وجهان .

قلت : الأصح المنع . والله أعلم

وإن لم تقم بينة واقتصرت على الدعوى ، فهل يلحقها ، أم لا ؟ أم يلحق الخلية دون المزوجة ؟ فيه أوجه . أصحابها : الثاني . فإن ألحقنا ولها زوج ، لم يلحقه على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقيل : وجهان . وبالحقوق قال ابن سلة . واستلحق الأمة كالحررة إن جوزنا استلحاق العبد ، فإن أثبتناه ، لم يحكم برق الولد لمولاها على المذهب ، وبه قطع ابن الصباغ والمتولي ، وذكر البغوي فيه وجهين .

فصل

ادعى نسب اللقيط اثنان ، ففيه صور .

إحداها : ادعاه حر وعبد ، فإن قلنا : يصح استلحاق العبد ، فهي سواء ، وإلا ، فيلحق بالحر .

الثانية : ادعاه مسلم وكافر ، يستويان فيه .

الثالثة : اختص أحدهما بيد ، نظر ، إن كان صاحب اليد هو الملتقط ، لم يقدم ، لأن اليد لا تدل على النسب ، بل إن استلحقاه ممّا ولا بينة، عرض معها على القافة كما سنذكره إن شاء الله تعالى. وإن استلحقه الملتقط أولاً، حكنا بالنسب، ثم ادعاه الآخر ، قال الشافعي رضي الله عنه : يعرض الولد مع الثاني على القائف، فإن نفاه عنه ، بقي لاحقاً بالملتقط باستلحقاه. وإن ألحقه بالثاني ، عرض مع الملتقط عليه ، فإن نفاه عنه ، فهو للثاني ، وإن ألحقه به أيضاً، فقد تعذر العمل بقول القائف فيوقف . وإن كان صاحب اليد غير الملتقط ، فإن كان استلحقه وحكم [له] بالنسب ، ثم جاء آخر وادعى نسبته ، لم يلتفت إليه . وإن لم يسمع استلحقاه إلا بعدما جاء الثاني واستلحقه ، فهل يقدم صاحب اليد، أم يستويان ؟ وجهان . أصحهما : الثاني .

الرابعة : تساوي ولا بينة، عرض الولد على القائف ، فأبها ألحقه لحق . فإن لم يوجد قائف، أو تحيّر ، أو ألحقه بها ، أو نفاه عنها ، ترك حتى يبلغ ، فإذا بلغ ، أمر بالانتساب إلى أحدهما ، ولا ينسب بالنسبي ، بل يعول فيه على ميل الطبع الذي يجده الولد إلى الوالد والقريب إلى القريب بحكم الجبلّة . وقيل : لا يشترط البلوغ ، بل يخيّر إذا بلغ سن التمييز كالتمييز بين الأبوين في الحضانة . والصحيح اشتراطه . والفرق أن الاختيار في الحضانة لا يلزم ، بل له الرجوع ، وهنا يلزم ، وعليها النفقة مدة الانتظار . فإذا انتسب إلى أحدهما ، رجع الآخر عليه بما أفق . ولو لم ينتسب إلى واحد منهما ، لفقد الميل ، بقي الأمر موقوفاً . ولو انتسب إلى غيرها وادعاه ذلك الغير ، ثبت نسبه منه . وفيه وجه : أنه إن كان الرجوع إلى انتسابه بسبب إلحاق القائف بها جميعاً ، لم يقبل انتسابه إلى غيرها . والصحيح - الأول . وإذا انتسب إلى أحدهما لفقد القائف ، ثم وجد ، عرضناه عليه . فإن ألحقه بالثاني ، قدمنا قوله على الانتساب ، لأنه حجة أو حكم . وقال أبو إسحاق : يقدم الانتساب .

قال : وعلى هذا ، فتمت ألحقه القائف بأحدهما ، فلآخر أن ينازعه ويقول : يترك حتى يبلغ فينتسب . ولو ألحقه القائف بأحدهما ، وأقام الآخر بينة ، قدّمت البينة ، لأنها (١) حجة في كل خصومة ، وقيل : لا يُغير ما حكمنا به ولا يُعمل بالبينة .

فرع

ادعت امرأتان نسب لقيط أو مجهول غيره ، ولا بينة ، وقبلنا استحقاق المرأة ، ففي عرض الولد معها على القائف وجهان . أحدهما : المنع . والأصح المنصوص : العرض ، لانه حكم أو حجة ، فأشبه البينة ، فإذا ألحقه بإحدها وهي ذات زوج ، لحق زوجها أيضاً كما لو قامت البينة . وقيل : لا يلحقه ، وهو ضعيف .

الخامسة : أقام كل واحد بينة بنسبه ، وتمازضا ، ففي التمازض في الاموال قولان . أظهرهما : التساقط . فعلى هذا تسقطان أيضاً هنا على الصحيح ، ويرجع إلى قول القائف . وقيل : لا تسقطان وترجّح إحدهما بقول القائف ، ولا يختلف المقصود على الوجهين . والقول الثاني : تستعملان بالوقف ، أو القسمة ، أو القرعة ؛ فيه ثلاثة أقوال معروفة ، ولا يجيء هنا الوقف للاضرار بالطفل ولا القسمة ، فلا مجال لها في النسب ، ولا تحيء القرعة أيضاً على الأصح وقول الأكثرين ، لأنها لا تدخل النسب ، وأثبتها الشيخ أبو حامد . ولو اختص أحدهما باليد ، لم ترجّح بينته بها . وفي د الإفصاح ، للمعودي ، ود أمالي ، أبي الفرج الزاز : أنه لو أقام أحدهما بينة بأنه في يده من سنة ، والثاني بينة أنه في يده من شهر ، وتنازعا في نسبه ، فصاحب السنة مقدّم ، لكن هذا كلام غير مهذب ، فإن ثبوت اليد لا يقتضي ثبوت النسب . وإن فرض تعرض البيتين لنفس النسب ، فلا مجال للتقدم والتأخر فيه . وإن شهدتا على الاستلحاق ، فيبنى على أن الاستلحاق من شخص هل يمنع غيره من الاستلحاق بعد ؟ وقد سبق بيانه .

(١) في الأصل : لانه ، والصواب : ود على البينة .

فرع

ادعاء امرأتان ، وأقامتا بينتين ، قال الشافعي رضي الله عنه : أريته القائف معهما ، فبأيتها ألحقه لحقها ولحق زوجها . فمن الأصحاب من قال : هذا تفريع على قول الاستمعال ، وترجيح بقول القائف ، كما يرجح في الاملاك بالقرعة ، وهذا يوافق ما سبق عن الشيخ أبي حامد . وعلى هذا ، يلحق الزوج قطعاً ، لأن الحكم بالينة . ومنهم من قال : هذا جواب على قول التساقط ، وكأنه لينة ، فيرجع إلى القائف . وعلى هذا ، ففي لحوقه بالزوج الخلاف السابق .

فرع

ألحقه القائف بأحدهما ، ثم بالآخر ، لم ينقل إليه ، إذ الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد .

فرع

وصف أحد المتداعيين أثر جراحة أو نحوه بظهره أو بعض أعضائه الباطنة ، وأصاب ، لا يقدّم .

فصل

تنازعا في الالتقاط وولاية الحفظ والتمهيد ، فإن تنازعا عند الأخذ أو قبله ، فقد سبق بيانه . وإن قال كل واحد : أنا الملتقط فلي حفظه ، فإن اختص يد ، وقال الآخر : أخذه مني ، فالقول قول صاحب اليد مع يمينه . فإن أقاما بينتين ،

قدِّمت بينة صاحب اليد . وإن لم يكن في يد واحد منها ، فهو كما لو وجداه معاً وتشاحاً في حفظه ، فيجمله الحاكم عند من يراه منها أو من غيرها . وإن كان في يدهما ، فإن حلفاً أو نكلاً ، فحكمه كما ذكرنا إذا ازدحما على الأخذ معاً وهما متساويا الحال . وإن حلف أحدهما فقط ، خُصَّ به . ولو أقام كل واحد بينة وهو في يدهما ، أو لاني يد واحد منها ، فإن كانتا مطلقتين أو مؤرختين بتاريخ واحد ، أو إحداها مؤرخة والأخرى مطلقة ، فهما متعارضتان . فإن قلنا بالتساقط ، فكأنه لا بينة . وإن قلنا بالاستعمال ، فلا يجيء الوقف ولا القسمة ، وتجيء القرعة ، فيسلم لمن خرجت قرعته . وإن قيِّدتا بتاريخين مختلفين ، قدَّم السابق ، بخلاف المال ، فإنه لا يقدم فيه بسبق التاريخ على الظاهر ، لأن الأموال تنقل ، والممتلك لا ينتزع منه مادامت الأهلية . فإذا ثبت السبق ، لزم استمراره . هكذا فرق الأصحاب ، قال أبو الفرج الزاز : هذا إذا قلنا : من التقط اللقيط ثم نبذه لا يسقط حقه . فإن أسقطناه ، فهو على القولين في الأموال ، لأنه ربما نبذه الأول فالنقطه غيره ، وهذا حسن . ويتفرع على تقديم البينة المصرحة بالسبق ، ما إذا كان اللقيط في يد أحدهما وأقام من في يده البينة ، وأقام الآخر بينة أنه كان في يده وانتزعه منه صاحب اليد ، فنقدَّم بينة مدعي الانتزاع ، لاثباتها السبق .

الحكم الرابع : الحرية والرق ، وللقبط في ذلك أربعة أحوال .

الأول : أن لا يقر على نفسه بالرق ، ولا يدعي رقه أحد ، فيحكم بحريته ، لأن ظاهر حاله الحرية ، ولأن غالب الناس أحرار ، هذا هو المذهب ، وقد سبق أن من الأصحاب من يتوقف في إسلامه . قال الامام : وذلك التردد يجري هنا وأولى ، لقوة الاسلام واقتضائه الاستتباع للوالد والسابي ، بخلاف الحرية . ثم ذكر الامام تفصيلاً متوسطاً فقال : يجزم بالحرية ما لم ينته الأمر إلى إلزام النير شيئاً ،

فان انتهى ، ترددنا إن لم يعترف الملتزم بحريته ، فنحكم له بالملك فيما نصادفه في يده جزماً . وإذا أتلغه متلف ، أخذنا منه الضمان وصرفناه إليه ، لان المال المعصوم مضمون على المتلف ، فليس التضمن بالحرية ، وميراثه لبيت المال قطعاً ، وأرش جنائته الخطأ في بيت المال قطعاً ، قال الامام : ويحتمل أن يخرج على التردد المذكور ، لأن مال بيت المال لا يبذل إلا عن تحقق . ولو قُتل اللقيط ، فقد ذكرنا في وجوب القصاص خلافاً ، وينضم إليه التردد في الحرية ، فمن لا يجزم القول بإسلامه وحرية ، لا يوجب القصاص على الحر المسلم بقتله ، وبوجهه على الرقيق الكافر . ومن يجزم بها ، يخرج وجوب القصاص بكل حال على قولين - بناءً على أنه ليس له وارث معين - ، الأظهر : وجوبه . وإذا قُتل خطأً ، فالواجب الدية على الصحيح ، أخذاً بظاهر الحديث ، وأقل الأمرين من الدية والقيمة في الثاني ، بناءً على أن الحرية غير متيقنة . قال الامام : وقياس هذا أن نوجب الأقل من قيمته عبداً ، ودية مجوسي ، لأمكان الحمل على التمجس ، وقد يرتب القصاص على الدية فيقال : إن لم نوجب الدية ، فالقصاص أولى ، وإلا ، فوجهان .

الحال الثاني : أن يدعي شخص رقبته ولا يئنه . ومن ادعى رق صغير لا تثبتين حرية ، سمعت دعواه ، لامكانها . فان لم يكن في يده ، لم يقبل قوله إلا بينة ، لأن الظاهر الحرية ، فلا تترك إلا بحجة ، بخلاف النسب ، فان قبوله مصلحة للصبي وثبوت حق له . وإن كان في يده وقد عرفنا استنادها إلى التقاطه ، فقولان . أحدها : يحكم له بالرق كيد غير الملتقط ، وكما لو التقط مالاً وادعاه ولا منازع ، يقبل قوله ويجوز شراؤه منه . وأظهرها : لا يقبل إلا بينة ، لأن الأصل الحرية ، وبخالف المال ، فانه مملوك وليس في دعواه تغيير صفة له ، واللقيط حر ظاهراً ، وفي دعواه تغيير صفة . وإن لم يعرف استنادها إلى الالتقاط ، حكم لصاحبها بالرق الذي يدعيه على الصحيح الذي قطع به الجمهور ، لأن الظاهر بمن في يده يتصرف فيه تصرف

المالكين ، ولا معارض له ، ولا سبب يحال عليه أنه ملكه ، وسواء كان الصغير مميزاً أو غيره مقرأ أو منكرأ على الأصح . واثاني : إن كان مميزاً منكرأ ، احتاج المدعي إلى البينة . فعلى الأصح : يحلف المدعي ، واليمين واجبة على الأصح المنصوص . وقيل : مستحبة . ثم إذا بلغ الصبي وأقر بالرق لغير صاحب اليد ، لم يقبل . وإن قال : أنا حر ، لم يقبل أيضاً على الأصح ، إلا أن يقيم بينة بالحرية ، ولكن له تحليف السيد ، قاله البغوي . واثاني : يقبل ، قاله أبو علي الثقفي .

فرع

رأى صغيراً في يد إنسان بأمره وينهاه ويستخدمه ، هل له أن يشهد له بالملك ؟ قال أبو علي الطبري : فيه وجهان . وقال غيره : إن سمعه يقول : هو عبدي ، أو سمع الناس يقولون : إنه عبده ، شهد له بالملك ، وإلا ، فلا .

قلت : هذا أصح . والله أعلم

فرع

صغيرة في يد رجل يدعي نكاحها ، فبلغت وأنكرت ، يقبل قولها ، وعلى المدعي البينة . وهل يحكم في صغرها بالنكاح ؟ قال ابن الخداد : نعم كالرق . والأصح : المنع . وفرق الأصحاب ، بأن اليد في الجملة دالة على الملك ، ويجوز أن يولد وهو مملوك والنكاح طارئ ، فيحتاج إلى البينة .

الحال الثالث : أن يدعي رقه مدعٍ ويقم عليه بينة حيث يحتاج مدعي الرق إلى بينة كما فصلناه . وهل يكفي إقامة البينة على الرق أو المملك مطلقاً ؟ قولان .

أحدهما : نعم كما لو شهد بملك دار أو ثوب وغيرهما ، وهذا اختيار الزني ، وهو نصه في الدعاوى وفي القديم . والثاني : لا ، لاحتمال اعتماد الشاهد ظاهر اليد ، ويكون يد التقاط . وإذا احتمل ذلك مع أن اللقيط محكوم بحريته بظاهر الدار ، لم يزل ذلك لإلّا ييقن ، وأمر الرق خطر ، وهذا نصه [هنا] ، وهو الأصح عند الامام والبغوي والرويانى وآخرين ، ورجح ابن كج وأبو الفرج الزاز الأول ، وبؤيده أن من الأصحاب من قطع به ، وحمل نصه هنا على الاحتياط ، ولأن البينة بمطلق الملك ليست بأقل من دعوى غير الملتقط رق الصغير في يده .

قلت : كل من الترجيحين ظاهر ، وقد رجح الرافعي في « المحرر » الثاني .
وانتألم

ويجري القولان ، سواء كان المدعي هو الملتقط أو غيره ، هكذا ذكره الجمهور . وذكر الامام كلاماً يتخرج منه وما ذكره غيره قول : أن البينة المطلقة تكفي في غير الملتقط ، ولا تكفي فيه . والمذهب : أنه لا فرق . وإذا قلنا : لم يكتف بالبينة المطلقة ، شرطنا تعرض الشهود لسبب الملك من الارث أو الشراء أو الاتهاب ونحوها . ومن الاسباب أن يشهدوا أن أمته ولدته بمملوكاً له . فان اقتصروا على أن أمته ولدته ، أو أنه ولد أمته ، فطريقان . قال الجمهور : قولان . أظهرهما : يكفي . والثاني : لا . وقيل : يكفي قطعاً ، وهو نصه هنا . وإن شهدوا أنه ملكه ولدته بمملوكته ، قال البغوي : يكفي قطعاً ، وإن شهدوا بأن أمته ولدته في ملكه ، قال الأصحاب : يكفي قطعاً . وقال الامام : لا يكتفى به تفریباً على وجوب التعرض لسبب الملك ، فقد تلد في ملكه حراً بالشبهة وفي نكاح الفرور ، وقد تلد بمملوكاً لغيره بأن يوصي بحملها وتكون الرقبة للوارث ، وهذا حق . ويشبه أن لا يكون فيه خلاف ، ويكون قولهم : في ملكه ، مصروقاً إلى المولود - كقولك : ولدته في مشيمة (١) -

(١) يقال لما يكون فيه الوليد : المشيمة ، والكيس ، والغلاف .

لا إلى الولادة، ولا إلى الوالدة، وحينئذ يكون قولهم : ولدته مملوكاً له ، وبكفي المدعي في دعواه قوله : هو ملكي ، وإنما يشترط ذكر السبب إن شرطناه في صيغة الشهود .

فرع

تقبل هذه الشهادة من رجل وامرأتين على القولين ، لأن الغرض إثبات الملك . وإذا أكتفينا بالشهادة على أنه ولدته أمته، قبل من أربع نسوة أيضاً، لأنها شهادة على الولادة ، ثم يثبت الملك في ضمنها كثبت النسب في ضمن الشهادة على الولادة . ولو شهد أن مملوكه ولدته أمته ، قال القاضي حسين : ثبت الملك والولادة ، وذكر الملك لا يمنع ثبوت الولادة ، ثم يثبت الملك ضمناً لا بتصريحن .

فرع

لو شهدت البيئة لمدعي الرق باليد ، قال في « المذهب » : إن كان المدعي الملتقط ، لم يحكم له . وإن كان غيره ، فقولان . والأصح ما ذكره صاحب « الشامل » ، وغيره : أن المدعي إذا أقام البيئة أنه كان في يده قبل التقاط الملتقط ، قبلت وثبتت يده ، ثم يصدق في دعوى الرق ، إما سبق أن صاحب اليد على الصغير إذا لم يعرف أن يده عن التقاط ، يصدق في دعوى الرق ، وبمثله قطع البغوي فيما إذا أقام الملتقط بيئة أنه كان في يده ، قبل إن التقطه ، لكن نقل ابن كج في هذه الصورة عن النص ، أنه لا يرق حتى يقيم البيئة على سبب الملك .

الحال الرابع : أن يقر على نفسه بالرق وهو بالغ عاقل ، فينظر ، إن كذبه

المقر له ، لم يثبت الرق . فلو عاد بعد ذلك فصدقه ، لم يلتفت إليه ، لأنه لما كذبه ثبتت حرته بالأصل ، فلا يعود رقيقاً . وإن صدقه ، نظر ، إن لم يسبق الاقرار ما يناقضه ، قبل على المشهور كسائر الاقارير . وفي قول حكاه صاحب «التقريب» : لا يقبل ، لأنه محكوم بحريته بالدار ، فلا ينقض ، كالحكوم بإسلامه بالدار ، لو أفصح بالكفر ، لا ينقض ما حكمنا به في قول ، بل يجعل مرتداً . وإن سبقه ما يناقضه ، ففيه صور .

إحداها : إذا أقر بالحرية بعد البلوغ ، ثم أقر بالرق ، لا يقبل على المذهب ، وبه قطع الاصحاب . ونقل الامام وجهين ، ثانيهما القبول .

الثانية : إذا أقر بالرق لزيد ، فكذبه ، ثم أقر لعمرو ، لم يقبل على المذهب والمنصوص والذي قطع به الجمهور ، بل يكون حراً ، وعن ابن سريج قبوله .

الثالثة : إذا وجدت منه تصرفات يقتضي نفوذها الحرية ، كبيع ونكاح وغيرها ، ثم قامت بينة برقه ، نقضت تصرفاته المقتضية للحرية ، وجعلت صادرة عن عبد لم يأذن له سيده ، ويسترد ما قبضه من زكاة أو ميراث وما أنفق عليه من بيت المال ، وتباع رقبته فيها . فلو لم تقم بينة ، لكن أقر بالرق ، فإن قلنا بالقول الذي حكاه صاحب «التقريب» ، فإقراره لاغر . لكن لو كان نكح ، فإقراره اعتراف بتجريعها ، فيؤاخذ به . وإن قلنا بالمشهور ، ففيه طرق ، حاصلها أنه تثبت أحكام الأرقاء في المستقبل على المذهب . وقال ابن سامة : قولان . ثانيهما : أنه يبقى على أحكام الحرية مطلقاً . وقيل : يبقى فيما يضر بغيره ، وكلاهما شاذ ضعيف . وأما الماضي ، فيقبل إقراره فيما يضر به من التصرفات السابقة قطعاً ، ولا يقبل فيما يضر بغيره على الاظهر . ويتفرع على القولين فروع . أحدها : إذا نكح قبل الاقرار ، نظر ، أذكر هو ، أم أنثى ؟ فإن كان أنثى ، فزوجها الحاكم على الحرية ثم أقرت بالرق . فإن قلنا

الاقرار فيما يضر غيره ، فالنكاح فاسد ، ولا شيء على الزوج إن لم يدخل بها ، وإن دخل ، فعليه مهر المثل للمقر له . فان كان سلم المهر إليها ، استرده إن كان باقياً ، وإلا ، رجع عليها بعد العتق ، والاولاد منها أحرار ، لظنه الحرية ، وعلى الزوج قيمتهم للمقر له ، ويرجع عليها بالقيمة إن كانت هي الفارّة . وفي الرجوع بالمهر قولان معروفان . وفي العدة وجهان . أصحابها : يلزمها قرءان ، لان عدة الامة بعد ارتفاع النكاح الصحيح قرءان ، ونكاح الشبهة في المحرمات كالنكاح الصحيح ، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد^(١) وصاحبنا « المهذب » و « الشامل » . والثاني : لعدة عليها ، إذ لانكاح ، ولكن تستبرأ بقرء بسبب الوطء . قال الامام : ويجب طرد هذا الخلاف في كل نكاح شبهة على أمة . وإن قلنا : لا يقبل الاقرار فيما يضر غيره ، فالكلام في أمور .

أحدها : لا يحكم بانفساخ نكاحها ، بل يبقى كما كان . قال الامام : سواء فرقنا بين الماضي والمستقبل ، أم لا ، وبصير النكاح كالمستوفى المقبوض ، واستدرك ابن كعب فقال : إن كان الزوج ممن لا يحل له نكاح الامة ، انفسخ نكاحه ، لان الاولاد الذين يلدن في المستقبل أرقاء كما سنذكره إن شاء الله تعالى ، فليس له الثبات عليه ، وهذا حسن ، لكن صرح ابن الصباغ بخلافه .

قلت : الاصح : أنه لا ينفسخ كما قال ابن الصباغ ، كالحر إذا وجد الطول بعد نكاح الامة . والله أعلم

ثم أطلق الاصحاب أن للزوج خيار فسخ النكاح ، ونص عليه في « المختصر » . قال الشيخ أبو علي : هذا إذا نكحها على أنها حرة ، فان توهم الحرية ولم يجز شرطها ، ففيه خلاف نذكره في النكاح إن شاء الله تعالى .

الثاني : في المهر ، ومتى ثبت للزوج الخيار ، ففسخ قبل الدخول ، فلا شيء عليه ،

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : أبو محمد .

وإن كان بعده ، لزمه أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل . وإن أجاز ، لزمه المسمى ، قاله البغوي . فإن طلقها بعد الاجازة وقبل الدخول ، لزمه نصف المسمى ، وفيه إشكال ، لأن المقر له يزعم فساد النكاح ، فإذا لم يكن دخول ، وجب أن لا يطالب بشيء ، وقد يشعر بهذا إطلاق الغزالي .

قلت : الراجع : أنه لا يلزمه شيء لِمَا ذكره . والله أعلم

فإن كان الزوج أعطاها الصداق ، لم يطالب به ثانياً .
الثالث : أولادها ، فالذين حصلوا قبل الاقرار أحرار ، ولا يلزم للزوج قيمتهم .
والحادثون بعده أرقاء ، لأنه وطئها عالمًا برقتها .

قال الامام : هذا ظاهر إن قبلنا الاقرار فيما يضر بالغير في المستقبل . فإن لم قبله ، فيحتمل أن يقال بحريتهم لصيانة حق الزوج ، كما أدمنا النكاح صيانة له ، ويحتمل أن يقال برقيتهم ، وهو ظاهر ما أطلقه الأصحاب ، لأن الملوq متوهم فلا يحمل مستحقاً بالنكاح ، بخلاف الوطء .

الرابع : تردد الامام في أنا إذا أدمنا النكاح ، تسلم إلى الزوج تسليم الاماء ، أم تسليم الحرائير ؟ فالظاهر : الثاني ، وإلا ، لعظم الضرر على الزوج واختلت مقاصد النكاح ، ويؤيده قول الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » : لا أصدقها على فساد النكاح ، ولا على ما يجب عليها للزوج .

الخامس : في المدة . وأما عدة الطلاق ، فإن كان رجعيًا وطلقها ، ثم أقرت ، فعليها ثلاثة أقراء ، وله الرجعة في جميعها ، لأنه ثبت ذلك بالطلاق . وإن أقرت ثم طلقها ، فكذلك على الصحيح الذي قطع به الأكثرون ، لأن النكاح أثبت له

الرجعة في ثلاثة أقراء . والثاني : تمتد بقرئين ، لأنه أمر يتعلق بالمستقبل كإقرار أولادها ، وصححه أبو الفرج الزاز ، وحكاه عن ابن سريج . وإن كان الطلاق بائناً ، فهو كالرجعي على الأصح ، لأن المدة فيها لا تختلف . والثاني : تمتد بقرئين مطلقاً ، لأنها رقيقة وليست للزوج رجعة . وأما عدة الوفاة ، فلها شهرين وخمسة أيام ، عدة الاماء ، نص عليه ، سواء أقرت قبل موت الزوج أو بعده في المدة ، لأنها حق الله تعالى ، فقبل قولها في انتقاضها ، وليس فيها إضرار بأحد . وفي وجه : لا يجب عليها عدة الوفاة أصلاً ، لأنها تزعم بطلان النكاح من أصله وقد مات الزوج ، فعلى هذا ، إن جرى دخول ، لزمها الاستبراء . قال الامام : والقول في أنه بقرء ، أم بقرئين ، على ما سبق في التفريع على القول . فإن لم يجر دخول ، فـلـ تستبرى بقرء كما لو اشترت من امرأة أو محبوب ، أم لا استبراء أصلاً لانقطاع حقوق الزوج ؟ فيه احتمالان للامام ، وبالثاني قطع الغزالي . هذا كله إذا كان المقرأتى . فإن كان ذكراً فبلغ ونكح ثم أقر بالرق ، فإن قبلنا إقراره مطلقاً ، فهذا نكاح فاسد ، فيفرق بينها ، ولا مهر إن لم يقع دخول ، وإن وقع ، فعليه مهر المثل ، كذا قاله الجمهور . وقال في « المذهب » - وأبداه الامام احتمالاً - : أن عليه الاقل من مهر المثل والمسمى . ثم متعلق الواجب ذمته ، أم رقبته ؟ قولان . أظهرهما : الاول . وإن قبلنا إقراره فيما يضره دون غيره ، حكنا بانفساخ النكاح ، ولم نقبل قوله في المهر ، فعليه نصف المسمى إن لم يدخل ، وجميعه إن دخل ، ويؤدي ذلك مما في يده أو من كسبه في الحال أو المستقبل ، فإن لم يوجد ، ففي ذمته إلى أن يعتق .

الفروع الثاني (١) : إذا كانت عليه ديون وقت الاقرار بالرق وفي يده أموال ، فإن قبلنا إقراره مطلقاً ، فالأموال تسلم للمقر له ، والديون في ذمته . وإن قبلناه فيما يضره دون غيره ، قضينا الديون مما في يده . فإن فضل من المال شيء ، فهو للمقر له ، وإن بقي من الدين شيء ، ففي ذمته إلى أن يعتق .

(١) وقد تقدم الفرع الاول في أسفل الصفحة (٤٤٧) فليتنبه له .

الفروع الثالث : إذا باع أو اشترى بمد البلوغ ، ثم أقر بالرق ، فإن قلنا
الافترار مطلقاً ، فالبيع والشراء باطلان ، فإن كان ماباعه باقياً في يد المشتري ، أخذه
المقر له ، وإلا ، طالبه بقيمته . والتمن إن أخذه المقر وأتلفه ، فهو في ذمته إلى أن
يعتق ، وإن كان باقياً رده ، وما اشتراه إن كان باقياً في يده ، رده إلى بائعه ،
وإلا ، استرد الثمن من البائع ، وحق البائع يتعلق بذمته ، وإن قلنا : لا يقبل فيما يضر
غيره ، لم نبطلها ، ثم ماباعه إن لم يستوف ثمنه ، استوفاه المقر له ، وإن كان استوفاه ،
لم يطالب المشتري ثانياً ، وما اشتراه إن كان وزن ثمنه ، فقد تم العقد وسلم البيع
للمقر له . وإن لم يزن ، فإن كان في يده مال حين أقر بالرق ، وزن الثمن منه ،
وإلا ، فهو كافلاس المشتري ، فيرجع البائع إلى عين ماله إن كان باقياً ، وإلا ، فهو
في ذمة المقر حتى يعتق .

الفروع الرابع : جنى ثم أقر بالرق ، فإن كانت الجنابة عمداً ، فعليه القصاص ،
سواء كان المجني عليه حراً أو عبداً . وإن كانت خطأً ، فإن كان في يده مال ،
أخذ الأرض منه ، كذا قاله البغوي ، وهو خلاف قياس القولين ، لأن أرض الخطأ
لا يتعلق بما في يد الجاني حراً كان أو عبداً ، وإن لم يكن في يده مال ، تعلق الأرض
برقبته على القولين . وقال القاضي أبو الطيب : إن قلنا : لا يقبل إقراره فيما يضر غيره ،
فالأرض في بيت المال . فلو زاد الأرض على قيمة الرقبة ، فالزيادة في بيت المال
على هذا القول قطعاً .

[الفروع الخامس : جنى عليه فقطع طرفه ، ثم أقر بالرق ، فإن كانت الجنابة عمداً والجاني
عبداً ، اقتص منه . وإن كان حراً ، فلا قصاص ، ويكون كالخطأ . وإن كانت خطأً ،
فإن قلنا إقراره مطلقاً ، فعلى الجاني كمال قيمته إن صارت قتلاً ، وإلا ، فما تقتضيه
جراحة العبد . وإن قبلناه فيما يضره دون غيره وكانت الجنابة قطع يد ، فإن لم
يزد نصف القيمة على نصف الدية ، فالواجب نصف القيمة ، وإن زاد ، فهل يجب

نصف الدية ، أم نصف القيمة ؟ وجهان . أصحها : الاول . هذا كله تفريع على تعلق الدية بقتل اللقيط . وفيه وجه سبق أن الواجب الاقل من الدية والقيمة ، وذلك الوجه مطرد في الطرف .

فرع

لا فرق في جميع ما ذكرناه ، بين أن يقر بالرق ابتداءً ، وبين أن يدعي رقه شخص فيصدقه ، فلو ادعى رجل رقه ، فأنكره ، ثم أقر له ، ففي قبوله وجهان ، لأنه بالانكار لزمه أحكام الأحرار .

قلت : ينبغي أن يفصل ، فإن قال : لست بمبد ، لم يقبل إقراره بعده ، وإن قال : لست بمبد لك ، فالأصح القبول ، إذ لا يلزم من هذه الصيغة الحرية .
والله أعلم

فرع

ادعى مدّع رقه ، فأنكر ولا يئنه ، فإن قبلنا إقراره بالرق ، فله تحليفه ، وإلا ، فلا ، إلا إذا جعلنا اليمين مع النكول كالبيئة ، فله التحليف .

فصل

إذا قذف لقيطاً صغيراً ، عزّر ، وإن كان بالناً ، حدّ إن اعترف بحريته . فإن ادعى رقه ، فقال المقدوف : بل أنا حر ، فالقول قول المقدوف على الأظهر . وقيل :

قطعاً . ويجري الطريقان ، فيما لو قطع حر طرفه وادعى رقه وقال : بل أنا حر .
وقيل : يجب القصاص قطعاً ، لأن الحد يعني عنه التعزير ، لا اشتراكهما في الزجر . فإن
لم نوجب القصاص ، أوجبنا الدية في اليدين ، ونصفها في إحداها على الأصح .
وعلى الثاني : القيمة أو نصفها . ولو قذف اللقيط واعترف بأنه [حر] ، حُدَّ حد الأحرار .
وإن ادعى أنه رقيق ، وصدقه المقذوف ، حُدَّ حد العبيد . وإن كذبه ، فأى الحدَّين
'يحد' ؟ قولان بناءً على إقراره ، إن قبلناه مطلقاً ، فحد العبيد ، وإن منعناه فيما
يضر غيره ، فحد الأحرار . وحكى في «المعتمد» وجهاً : أنه إن أقرا لمين ، قبل إقراره
وحُدَّ حد العبيد ، وإن لم يميّن ، حُدَّ حد الأحرار .



تم - بعون الله تعالى وتوفيقه - الجزء الخامس من كتاب
« روضة الطالبين وعمدة المفتين » للإمام النووي
وبليه الجزء السادس ، وأوله : « كتاب الفرائض »

الفهرس

| الموضوع | الصفحة |
|--------------------------------------------------------------------|--------|
| كتاب الغصب | ٣ |
| تعريف الغصب | ٣ |
| الغصب له بابان ، الباب الأول : الضمان وفيه أربعة أطراف . | ٣ |
| الطرف الاول : في الموجب للضمان . | ٤ |
| فصل : إثبات اليد العادية مسبب للضمان ، وينقسم إلى مباشرة وتسبب . | ٧ |
| فصل : فيما إذا انبثت على يد الغاصب يد أخرى . | ٩ |
| الطرف الثاني : في المضمون ، وهو قسبان : ما ليس بمال ، وما هو مال ، | ١٢ |
| وهو نوعان : أعيان ، ومنافع ، والاعيان ضربان : حيوان ، وغيره ، | |
| والحيوان صنفان : آدمي وغيره . | |
| المنافع أصناف ، منها منافع الاموال . | ١٣ |
| منفعة البضئع ، ومنفعة بدن الحر . | ١٤ |
| منفعة الكلب . | ١٥ |
| فرع : الحر والخنزير لا يضمنان لالمسلم ولا لذمي . | ١٧ |
| فرع : آلات الملاهي لا يجب في إبطالها شيء ، لانها محرمة الاستعمال ، | ١٧ |
| ولا حرمة لتلك الصنعة . | |
| الطرف الثالث : في ضمان قدر الواجب في المثلي والقيمي . | ١٨ |
| فرع : في أن المثلي هل يؤخذ مثله مع اختلاف الزمان والمكان ؟ | ٢٢ |

| الصفحة | الموضوع |
|--------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ٢٣ | فصل : الذهب والفضة إن كانا مضروبين ، فقد سبق أنهما مثليان ، وإلا ، فإن كان فيها صنعة فأربعة أوجه . |
| ٢٤ | فصل : إذا تغير المنصوب ، فقد يكون متقوماً ثم يصير مثلياً ، وعكسه ، ومثلياً فيها ، ومتقوماً فيها . |
| ٢٥ | فصل : فيما يلزمه بالنصب التقويم إذا تلف عنده . |
| ٢٧ | فصل : زوائد المنصوب منفصلة كانت أو متصلة مضمونة على الغاصب . |
| ٢٨ | الطرف الرابع : في الضمان في الاختلاف ، وفيه تسع مسائل . |
| ٣١ | الباب الثاني في الطوارئ على المنصوب ، وفيه ثلاثة أطراف . |
| ٣١ | الطرف الاول : في النقص وهو ثلاثة أقسام ، نقص القيمة فقط ، ونقص القيمة والاجزاء ، ونقص الاجزاء والصفات ، وحدتها . |
| ٣٢ | فصل : النقص الحادث في المنصوب ضربان : مالا سرية له ، وماله سرية . |
| ٣٤ | فصل : في جنابة العبد المنصوب والجنابة عليه ، والتفريع عليه . |
| ٣٩ | فصل : نقل التراب من الارض المنصوبة ، تارة يكون من غير إحداث حفرة ، وتارة باحداثها . |
| ٤١ | فصل : إذا خشي العبد ، فهو على القولين السابقين في جراح العبد . |
| ٤٢ | فصل : نقص المنصوب هل ينجر بالكمال بعده ؟ |
| ٤٤ | فصل : غصب عَصيراً فتخمر عنده ، كان للمنصوب منه تضمينه مثل العَصير . |
| ٤٥ | الطرف الثاني في الطوارئ على المنصوب في الزيادة ، وهي آثار محضة وأعيان . |
| ٤٦ | بعض صور الاعيان في هذه المسألة . |
| ٥٢ | فصل : إذا خا ط المنصوب بغيره ، فقد يمتدُّ التمييز بينها ، وقد لا يمتدُّ ، وفيه مسائل . |

| الموضوع | الصفحة |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| الطرف الثالث في الطوارئ على المغصوب : فيما يترتب على تصرفات الغاصب ، وفيه مسائل . | ٥٩ |
| فصل : فيما يرجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه المالك وفيه فروع . | ٦٣ |
| فصل : في مسائل منثورة تتعلق بكتاب الغصب . | ٦٦ |
| كتاب الشفعة ، وفيه ثلاثة أبواب . | ٦٩ |
| الباب الاول فيما تثبت به الشفعة ، وله ثلاثة أركان . | ٦٩ |
| الركن الاول : المأخوذ ، وله ثلاثة شروط . | ٦٩ |
| الشرط الاول : أن يكون عقاراً . | ٦٩ |
| الشرط الثاني : كون العقار ثابتاً . | ٧٠ |
| الشرط الثالث : كونه منقسماً . | ٧٠ |
| — الركن الثاني من أركان الشفعة : الآخذ . | ٧٢ |
| الركن الثالث من أركان الشفعة : المأخوذ به ، وفي ضبطه قيود . | ٧٤ |
| فصل : إذا وجد المشتري بالشقص عيباً قديماً ، وأراد رده ، وجاء الشفيع يريد أخذه ، فقولان أو وجهان . | ٧٥ |
| فصل : أصدقها شقصاً ، ثم طلقها قبل الدخول أو ارتد ، وجاء الشفيع يريد أخذه بالشفعة ، فله أخذ نصفه ، وأما النصف الآخر ، فهل الزوج أولى به ، أم الشفيع ؟ | ٧٦ |
| فصل : إذا باع الوصي أو القيم شقص الصبي وهو شريكه ، فلا شفعة له على الاصح . | ٧٩ |
| فصل : إذا باع في مرض موته شقصاً ، وحابى ، ففيه أربعة أضرب . | ٨٠ |

| الموضوع | الصفحة |
|-------------------------------------------------------------------------|--------|
| الضرب الاول : إذا كانا أجنبيين . | ٨٠ |
| الضرب الثاني والثالث : أن يكونا وارثين ، أو المشتري وارثاً . | ٨١ |
| الضرب الرابع : أن يكون الشفيع وارثاً دون المشتري . | ٨٢ |
| الباب الثاني : في كيفية الأخذ بالشفعة ، وفيه أربعة أطراف . | ٨٣ |
| الطرف الاول : فيما يحصل به الملك . | ٨٣ |
| لا يملك الشفيع بمجرد الأخذ ، بل يعتبر معه أحد أمور أربعة . | ٨٤ |
| الطرف الثاني : فيما يأخذ به الشفيع ، والمأخوذ أنواع . | ٨٦ |
| فصل : إذا كان الثمن حالاً ، بذل الشفيع في الحال . | ٨٧ |
| فرع : إذا اشترى شقصاً من دار ثم تقضت ، فلها ثلاثة أحوال . | ٨٩ |
| فصل : في الاختلاف في الشفعة ، وفيه خمس مسائل . | ٩٦ |
| إذا لم يكن المدعي بينة ، فلمدعى عليه في الجواب ثلاثة أحوال . | ٩٨ |
| الطرف الثالث : في نزاحم الشفعاء ، وهو ثلاثة أضرب . | ١٠٠ |
| الضرب الاول : أن يتفق الشركاء على الطلب . | ١٠٠ |
| الضرب الثاني : أن يطلب بعض الشركاء ويعفو بعضهم . | ١٠١ |
| الضرب الثالث : أن يحضر بعض الشركاء دون بعض ، ويترتب على ذلك تسعة فروع . | ١٠٣ |
| فصل : ليس للشفيع تفريق الصفقة على المشتري . | ١٠٦ |
| الباب الثالث : فيما يسقط به حق الشفيع . | ١٠٧ |
| فصل : في مسائل متشعبة في الشفعة ، وهي خمس عشرة مسألة . | ١١١ |
| فصل : في الحيل الدافعة للشفعة . | ١١٥ |
| كتاب القراض ، وفيه ثلاثة أبواب . | ١١٧ |

| الموضوع | الصفحة |
|------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| الباب الاول : في أركان صحته ، وهي خمسة . | ١١٧ |
| الركن الاول : رأس المال ، وله أربعة شروط . | ١١٧ |
| الشرط الاول : أن يكون نقداً . | ١١٧ |
| الشرط الثاني : أن يكون معلوماً . | ١١٧ |
| الشرط الثالث : أن يكون معيناً . | ١١٧ |
| الشرط الرابع : أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل ويستقل باليد عليه والتصرف فيه . | ١١٧ |
| الركن الثاني من أركان صحة القراض : العمل ، وله شروط . | ١٢٠ |
| الشرط الاول : أن يكون تجارة ، ويتعلق بهذا الشرط ثلاث مسائل . | ١٢٠ |
| الشرط الثاني : أن لا يكون مضيقاً عليه بالتعيين . | ١٢٠ |
| الشرط الثالث : أن لا يضيق بالتوقيت . | ١٢١ |
| الركن الثالث من أركان صحة القراض : الربح ، وله أربعة شروط . | ١٢٢ |
| الشرط الاول : أن يكون مخصوصاً بالتماقين . | ١٢٢ |
| الشرط الثاني : أن يكون مشتركاً بينهما . | ١٢٢ |
| الشرط الثالث : أن يكون معلوماً . | ١٢٢ |
| الشرط الرابع : أن يكون العزم به من حيث الجزئية ، لا من حيث التقدير . | ١٢٣ |
| الركن الرابع من أركان صحة القرض : الصيغة . | ١٢٤ |
| الركن الخامس من أركان صحة القرض : الماقدان . | ١٢٤ |
| فصل : إذا قارض في مرض موته ، - صح . | ١٢٤ |
| فصل : يجوز أن يقارض الواحد اثنين وعكسه . | ١٢٥ |

| الموضوع | الصفحة |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| فصل : إذا فسد القراض بتخلف بعض الشروط ، فله ثلاثة أحكام . | ١٢٥ |
| الباب الثاني في أحكام القراض الصحيح ، وفيه ثلاثة أبواب . | ١٢٧ |
| الباب الاول : تقييد تصرف العامل بالمصلحة كتصرف الوكيل . | ١٢٧ |
| فرع : لا يجوز أن يشتري للقراض بأكثر من رأس المال . | ١٢٨ |
| الحكم الثاني : منع مقارضة العامل غيره . | ١٣٢ |
| الحكم الثالث : منعه السفر بمال القراض . | ١٣٤ |
| فرع : لا يجوز للعامل أن يتصدق من مال القراض بشيء أصلاً ، ولا أن يتفق منه على نفسه في الحضر قطعاً ، وفي السفر قولان . | ١٣٥ |
| فصل : فيما يقع في مال القراض من زيادة أو نقص . | ١٣٨ |
| الباب الثالث : في فسخ القراض والاختلاف فيه ، وفيه طرفان . | ١٤١ |
| الطرف الاول : في فسخه ، والقراض جائز ، فانه في أوله وكالة ، وبعد ذلك شركة . | ١٤١ |
| الطرف الثاني : في الاختلاف ، وفيه ثمان مسائل . | ١٤٥ |
| فصل : في مسائل منتورة في القراض . | ١٤٧ |
| كتاب المساقاة ، وفيه بابان . | ١٥٠ |
| الباب الاول : في أركانها ، وهي خمسة . | ١٥٠ |
| الركن الاول : العاقدان . | ١٥٠ |
| الركن الثاني : متعلق العمل ، وهو الشجر ، وله ثلاثة شروط . | ١٥٠ |
| الشرط الاول : أن يكون نخلاً أو عنباً ؛ أما غيرهما من النبات ، فقسمان . | ١٥٠ |
| القسم الاول : ما له ساق ، وما ليس له ساق ، والاول ضربان . | ١٥٠ |
| الضرب الاول : ما له ثمرة ، وفيها قولان . | ١٥٠ |

| الموضوع | الصفحة |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| الضرب الثاني : ملاساق له ، فلا تجوز المساقاة عليها ، كما لا تجوز على الزرع . | ١٥٠ |
| الشرط الثاني : أن تكون الاشجار مرثية ، وإلا ، فباطل على المذهب . | ١٥١ |
| الشرط الثالث : أن تكون معينة . | ١٥١ |
| الركن الثالث من أركان المساقاة : الثمار ، فيشترط اختصاصها بالمأقدين ، مشتركة بينهما ، معلومة ، وأن يكون العلم بها من حيث الجزئية دون التقدير . | ١٥١ |
| فصل : في جواز المساقاة بعد خروج الثمار قولان . | ١٥٢ |
| الركن الرابع من أركان المساقاة : العمل ، وشروطه قريبة من عمل القراض وإن اختلفا في الجنس . | ١٥٥ |
| فصل : يشترط لصحة المساقاة ، أن تكون مؤقتة . | ١٥٦ |
| الركن الخامس من أركان المساقاة : الصيغة . | ١٥٧ |
| الباب الثاني في أحكام المساقاة ، ويجمعها حكان . | ١٥٨ |
| فصل : دعوى المالك على العامل السرقة والخيانة في ائتمر أو السفف لا تقبل حتى يبين قدر ما خان فيه ويمرر الدعوى . | ١٦٣ |
| فصل : إذا اختلفا في قدر الشروط للعامل ، ولا بينة ، تحالفا كما في القراض . | ١٦٥ |
| باب المزارعة والخابرة وتعريفها ، وحكمها ، وبيان أن المختار جواز المزارعة والخابرة ، وأن المنهي عنه ما إذا شرط أحدهما زرع قطعة معينة والآخر أخرى ، وعليه تفريع مسائل الباب . | ١٦٨ |
| الاختلاف في اعتبار أمور أربعة في المزارعة . | ١٧٠ |

| الموضوع | الصفحة |
|----------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| كتاب الاجارة ، وفيه ثلاثة أبواب . | ١٧٣ |
| الباب الاول: في أركانها ، وهي أربعة . | ١٧٣ |
| الركن الأول : العاقدان ، ويستبر فيها العقل والبلوغ كسائر التصرفات . | ١٧٣ |
| الركن الثاني : الصيغة . | ١٧٣ |
| الركن الثالث : الأجرة ، والاجارة قسمان : واردة على المين، وواردة على الذمة ، وشروطها . | ١٧٣ |
| الركن الرابع : المنفعة ، ولها خمسة شروط . | ١٧٧ |
| الشرط الاول : أن تكون متقومة ، وفيه مسائل . | ١٧٧ |
| الشرط الثاني : أن لاتضمن استيفاء عين قصداً . | ١٧٨ |
| الشرط الثالث : أن تكون المنفعة مقدوراً على تسليمها . | ١٧٩ |
| أنواع الأراضى التي تستأجر . | ١٨٠ |
| الفرق بين إجارة المين والاجارة على الذمة . | ١٨٢ |
| فرع : إيجار الدار والحائوت شهراً على أن يتمتع بها الايام دون الليالي باطل . | ١٨٣ |
| الشرط الرابع : حصول المنفعة للمستأجر ، وهي قسمان . | ١٨٢ |
| القسم الاول : قُرب يتوقف الاعتماد بها على النية . | ١٨٧ |
| القسم الثاني : ما لاتتوقف صحته على النية ، وهو نوعان، فرض كفاية ، وشعار غير فرض . | ١٨٧ |
| الفرض الكفائي ضربان . | ١٨٧ |

| الموضوع | الصفحة |
|------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| الضرب الاول : يختص اقتراضه في الاصل بشخص وموضع معين ، ثم يؤمر به غيره إن عجز . | ١٨٧ |
| الضرب الثاني : ما يثبت فرضه شائماً غير مختص . | ١٨٧ |
| الشعار غير الفرض ، كالاذان وغيره ، وفي جواز الاستئجار عليه ثلاثة أوجه ذكرت في بابه . | ١٨٧ |
| فرع : الاستئجار لامامة الصلوات المفروضة ، باطل ، وكذا للتراويح وسائر النوافل على الاصح . | ١٨٨ |
| فرع : الاستئجار للقضاء باطل . | ١٨٨ |
| فرع : في حكم الاستئجار للتدريس . | ١٨٨ |
| الشرط الخامس : كون المنفعة معلومة العين والقدر والصفة . | ١٨٨ |
| ذكر ثلاثة أنواع تكثر إجارتها ليعرف طريق الضبط بها ويقاس عليها غيرها . | ١٨٩ |
| النوع الاول : الآدمي يستأجر لعمل أو صنعة ، إجارة في الذمة ، وإجارة في العين . | ١٨٩ |
| فرع : في الاستئجار لتعليم القرآن . | ١٩٠ |
| فرع : في الاستئجار لقراءة القرآن . | ١٩١ |
| فصل : في الاستئجار للارضاع . | ١٩٢ |
| فصل : الاستئجار في الحج وقد ذكر في بابه . | ١٩٢ |
| فصل : في الاستئجار لحفر نهر أو بئر أو قناة . | ١٩٢ |
| فرع : في الاستئجار لحفر قبر . | ١٩٣ |
| فصل : في الاستئجار لضرب اللبن . | ١٩٣ |

| الموضوع | الصفحة |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| فصل : في الاستئجار للبناء . | ١٩٣ |
| فصل : في الاستئجار للرعي . | ١٩٤ |
| فصل : في الاستئجار للنسخ والكتابة . | ١٩٤ |
| النوع الثاني من أنواع الاجارة التي تكثر: العقار ، ويستأجر لاغراض . | ١٩٥ |
| منها السكن ، فاذا استأجر داراً وجب معرفة موضعها ، وكيفية أبنيتها . | ١٩٥ |
| فرع : لا بد من تقدير هذه المنفعة بالمدة ، وفي تقدير المدة التي يجوز عقد الاجارة عليها ثلاثة أقوال . | ١٩٦ |
| فرع : إذا قال : أجرتك شهراً ، أو قال : سنة ، صح على الاصح وحمل على ما يتصل بالعقد . | ١٩٦ |
| فرع : مدة الاجارة كأجل المسلم فيه في أن مطلق الشهر والسنة يحمل على العربي . | ١٩٧ |
| فصل : مما تستأجر له الأرض : البناء والفراس والزراعة ، فاذا قال : أجرتك هذه الارض ولم يذكر البناء ولا غيره ، وكانت صالحة للجميع ، لا يصح العقد . | ١٩٨ |
| فرع : أجر بيتاً أو داراً لا يحتاج إلى ذكر السكن . | ١٩٩ |
| فرع : قال: أجرتك هذه الأرض لتنتفع بها بما شئت ، صحت الاجارة ، وله أن يصنع ما شاء لرضاه . | ١٩٩ |
| النوع الثالث من أنواع الاجارة التي تكثر : الدواب ، وتستأجر لاغراض ، منها الركوب ، وفيه خمس مسائل . | ٢٠٠ |

| الموضوع | الصفحة |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| فصل : مما تستأجر له الدواب الحمل عليها ، فينبغي أن يكون المحمول معلوماً ، فإن كان حاضراً ورآه المؤجر ، كفى ، وإلا فلا بد من تقديره بالوزن أو الكيل . | ٢٠٤ |
| فصل : ومن الأغراض سقي الأرض بإدارة الدواب والاستقاء من البئر بالدلو . | ٢٠٦ |
| فصل : ومنها الحراثة ، فيجب أن يعرف المؤجر الأرض لاختلافها . | ٢٠٦ |
| فصل : في أن الاصحاب اختلفوا في أن المقود في الاجارة ماذا ؟ هل هو العين ، أم المنفعة ؟ | ٢٠٧ |
| الباب الثاني في حكم الاجارة الصحيحة ، وفيه طرفان . | ٢٠٨ |
| الطرف الاول : فيما يقتضي اللفظ دخوله في المقدر وضماً أو عرفاً ، ومسائله مقسومة على الانواع الثلاثة المذكورة في شرط العلم بالمنفعة . | ٢٠٨ |
| النوع الاول : استئجار الآدمي ، وفيه فصلان . | ٢٠٨ |
| الفصل الاول : الاستئجار للحضانة وحدها ، وللارضاع وحده جائز ، وكذا لهما معاً كما سبق . | ٢٠٨ |
| الفصل الثاني : إذا استأجر ورثاً ، فعلى من الخبر ؟ فيه ثلاثة طرق . | ٢٠٩ |
| النوع الثاني : المقار ، وهو صنفان . | ٢١٠ |
| الصنف الاول : مبني كالدار والحمام ، وفيه مسألتان . | ٢١٠ |
| إحداها : ما تحتاج إليه الدار المكراة من العمارة ، وهو ثلاثة أضرب . | ٢١٠ |

| الموضوع | الصفحة |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| المسألة الثانية : تطهير الدار عن الكناسه والأنثون عن الرماد في دوام الاجارة ، على المستأجر . | ٢١١ |
| فرع : يجب على المؤجر تسليم الدار وبالوعتها وحشها فارغان . | ٢١١ |
| الصف الثاني : الأرض البيضاء ، فاذا استأجر أرضاً للزراعة ، فتنى يدخل شربها ؟ | ٢١٢ |
| فصل : استأجر أرضاً لزرع معين ، فانقضت المدة ولم يدرك الزرع ، فلعدم الادراك فيها أسباب . | ٢١٣ |
| السبب الأول : التقصير في الزراعة ، فهل يؤمر لذلك بالقلع ؟ | ٢١٣ |
| السبب الثاني : أن يتأخر الادراك لحر أو برد ، أو كثرة المطر ، أو أكل الجراد رؤوس الزرع ، فنبت ثانياً فتأخر لذلك ، فالصحيح أنه لايجبر على القلع . | ٢١٣ |
| السبب الثالث : أن لا يكون الزرع المين بحيث لا يدرك في المدة ، فما حكم القلع ؟ | ٢١٤ |
| فصل : استأجر الأرض للبناء أو الفراس ، فان شرط القلع ، صح العقد، ولزم المستأجر القلع بعد المدة . | ٢١٤ |
| فصل : إذا استأجر الأرض للزراعة جنس معين ، جاز أن يزرعه وما ضرره كضرره أو دونه ، لا مافوقه . | ٢١٦ |
| فرع : إذا تمدى المستأجر للحنطة ، فزرع الذرة ، ولم يتخاصما حتى انقضت المدة وحصد الذرة ، فما حكمه ؟ | ٢١٧ |
| النوع الثالث : استئجار الدواب ، وفيه مسائل . | ٢١٩ |

| الموضوع | الصفحة |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| المسألة الأولى : إذا اكترى للركوب ، فعلى المؤجر اتباع العادة . | ٢١٩ |
| المسألة الثانية : إذا اكترى للحمل ، فما يلزم المستأجر ؟ | ٢٢٠ |
| المسألة الثالثة : الطعام المحمول ليؤكل في الطريق ، كسائر المحمولات في اشتراط رؤيته أو تقديره بالوزن على الصحيح . | ٢٢٠ |
| المسألة الرابعة . إذا اكترى للركوب في الذمة ، لزم المؤجر الخروج مع الدابة لسوقها وتعهدها ، وإعانة الراكب في الركوب والتزول ، وئتراعى العادة في كيفية الاعانة . | ٢٢١ |
| فرع : إذا اكترى دابة بيمينها فتلفت ، انفسخ العقد ، وإن وجد بها عيباً ، فله الخيار . | ٢٢٣ |
| فصل : في إبدال متعلقات الاجارة . | ٢٢٤ |
| فصل : استئجار الثياب للبس والبسط للفراش واللحف للالتحف ، جائز . | ٢٢٥ |
| الطرف الثاني : في بيان حكم الاجارة في الأمانة والضمان ، والمستأجر فيه مسألتان . | ٢٢٦ |
| المسألة الأولى : يده على الدابة والدار المستأجرتين ونحوهما في مدة الاجارة يد أمانة . | ٢٢٦ |
| المسألة الثانية : الدابة المستأجرة للحمل أو الركوب إذا ربطها المستأجر ولم ينتفع بها في المدة ، فالقول في استقرار الاجارة عليه سيأتي إن شاء تعالى ، ولا ضمان عليه لو ماتت في الاصطبل . | ٢٢٧ |
| فصل : وأما المال في يد الأجير ، فاذا تلف والأجير منفرد باليد ، فهو إما أجير مشترك ، وإما منفرد . | ٢٢٨ |

| الصفحة | الموضوع |
|--------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ٢٣٠ | فرع : فيما يأخذه الحامي من الأجرة . |
| ٢٣١ | فصل : في أجرة الأجير إذا تلفت العين التي عمل عليها . |
| ٢٣٢ | فصل : المستأجر يضمن بالتعدي . |
| ٢٣٣ | فرع : في حكم مالواكترى دابة لحمل مقدار سميء فكان أكثر ، وفيه ثلاث مسائل . |
| ٢٣٦ | فصل : فيما إذا دفع ثوباً إلى خياط ليقطعه ويخيطه ثم اختلفا ، وفيه خمسة طرق . |
| ٢٣٩ | الباب الثالث : في الطوارئ الموجبة للفسخ ، وهي ثلاثة أقسام . |
| ٢٣٩ | القسم الأول : ما ينقص المنفعة . |
| ٢٣٩ | فصل : لانتفسخ الاجارة بالأعذار ، سواء كانت إجارة عين ، أو ذمة ، |
| ٢٤٠ | القسم الثاني من الطوارئ الموجبة للفسخ : فوات المنفعة بالكلية حساً . |
| ٢٤٠ | فرع : في أن انهدام الدار يقتضي الانفساخ . |
| ٢٤٥ | فصل : لانتفسخ الاجارة بموت المتعاقدين . |
| ٢٤٧ | فصل : إذا اكترى دابة أو داراً مدة وقبضها وأمسكها حتى مضت المدة ، انتهت الاجارة ، واستقرت الاجرة سواء انتفع بها في المدة ، أم لا . |
| ٢٤٨ | فرع : أكرى عيناً مدة ولم يسلمها حتى مضت المدة ، انفسخت الاجارة لقوات المعقود عليه . |
| ٢٥١ | فصل : لو أجر عبد ثم اعتقه ، نفذ . |
| ٢٥٢ | فصل : إذا باع العين المستأجرة ، فله حالان . |

| الموضوع | الصفحة |
|--------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| هل يجتمع الملك والاجارة ؟ فيه مسائل : | ٢٥٣ |
| فصل : في مسائل مثورة تتعلق بالباب الأول من أبواب التجارة، وهي ست عشرة مسألة . | ٢٥٦ |
| فصل : في مسائل مثورة تتعلق بالباب الثاني من أبواب التجارة ، وهي أربع عشرة مسألة . | ٢٦٠ |
| فصل : في مسائل مثورة تتعلق بالباب الثالث من أبواب التجارة، وهي خمس مسائل . | ٢٦٣ |
| خمس مسائل تتعلق بكتاب الاجارة . | ٢٦٥ |
| كتاب الجمالة ، وأركانه أربعة . | ٢٦٨ |
| الركن الأول : الصيغة الدالة على الاذن في العمل بمعوض يلتزمه . | ٢٦٨ |
| فصل : لا يشترط أن يكون الملتزم من يقع العمل في ملكه . | ٢٦٨ |
| الركن الثاني من أركان الجمالة : المتعاملان . | ٢٦٩ |
| الركن الثالث من أركان الجمالة : العمل . | ٢٦٩ |
| الركن الرابع من أركان الجمالة : الجمل المشروط . | ٢٧٠ |
| فصل : في أحكام الجمالة . | ٢٧٣ |
| منها الجواز ، فلكل واحد من المالك والعامل فسخها قبل تمام العمل . | ٢٧٣ |
| ومن أحكامها : جواز الزيادة والنقص في الجمل ، وتمييز جنسه قبل الشروع في العمل . | ٢٧٣ |
| ومن أحكامها : توقف استحقاق الجمل على تمام الجمل على تمام العمل . | ٢٧٤ |
| فرع : في أن يد العامل على مايقع في يده إلى أن يردّه يد أمانة . | ٢٧٦ |

| الموضوع | الصفحة |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| كتاب إحياء الموات ، وفيه ثلاثة أبواب . | ٢٧٨ |
| الباب الأول : في رقاب الأرضين ، وهي قسبان . | ٢٧٨ |
| القسم الأول : أرض بلاد الاسلام ، ولها ثلاثة أحوال . | ٢٧٨ |
| القسم الثاني من رقاب الارضين: أرض بلاد الكفار ، ولها ثلاثة أحوال . | ٢٨٠ |
| فرع : في بيان الحريم ، وهو المواضع القرية التي يحتاج إليها لتمام الانتفاع ، وفيه صور . | ٢٨٢ |
| فصل : في بيان الاحياء ، والمعتبر ما يبد إحياء في العرف ، ويختلف باختلاف ما يقصد به ، وتفصيله بمسائل . | ٢٨٩ |
| فصل : في الحمى ، وهو أن يحمي بقعة من الموات لمواشٍ بينها وبينع سائر الناس الرعي فيها . | ٢٩٢ |
| مسائل من الحمى . | ٢٩٣ |
| الباب الثاني : في المنافع المشتركة وغيرها . | ٢٩٤ |
| فصل : وأما المسجد ، فالجلوس فيه يكون لاعراض . | ٢٩٦ |
| الباب الثالث في الأعيان الخارجة من الأرض وفيه طرفان . | ٣٠٠ |
| الطرف الأول في المعادن ، وهي البقاع التي أودعها الله شيئاً من الجواهر المطلوبة ، وهي قسبان : ظاهرة ، وباطنة ، وأمثلة على المعادن الظاهرة والباطنة . | ٣٠٠ |
| الطرف الثاني من الاعيان الخارجة من الارض : المياه ، وهي قسبان . | ٣٠٤ |
| القسم الاول : المباحة النابسة في موضع لا يختص بأحد ، ولا صنع للأدميين في إجرائه . | ٣٠٤ |

| الموضوع | الصفحة |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| القسم الثاني : المياه المختصة ببعض الناس ، وهي مياه الآبار والقنوات . | ٣٠٩ |
| فصل : حكم القنوات حكم الآبار في ملك مياهها وفي وجوب البذل وغيرها . | ٣١١ |
| فصل : في بيع الماء وحكمه . | ٢١٣ |
| كتاب الوقف ، وفيه بابان . | ٣١٤ |
| الباب الأول : في أركانه وشروطه ، وفيه طرفان . | ٣١٤ |
| الطرف الأول : في أركانه ، وهي أربعة . | ٣١٤ |
| الركن الأول : الواقف ، ويشترط كونه صحيح العبارة أهلاً للتبرع . | ٣١٤ |
| الركن الثاني : الموقوف ، وهو كل عين معينة مملوكة ملكاً يقبل النقل يحصل منها فائدة أو منفعة تستأجر لها ، وفيه مسائل . | ٣١٤ |
| الركن الثالث : الموقوف عليه ، وهو قسمان . | ٣١٧ |
| القسم الأول : أن يكون شخصاً معيناً ، أو جماعة معينين ، فشرطه أن يمكن تملكه . | ٣١٧ |
| القسم الثاني : الوقف على غير معين ، كالفقراء والمساكين ، وهذا يسمى : وقفاً على الجهة . | ٣١٩ |
| فصل : في مسائل تتعلق بالركن الثالث ، وهو الموقوف عليه . | ٣٢٠ |
| الركن الرابع : الصيغة ، فلا يصح الوقف إلا بلفظ ، لانه تملك للمعين والمنفعة ، أو المنفعة ، فأشبهه سائر التملكيات . | ٣٢٢ |
| ألفاظ الوقف على مراتب . | ٣٢٢ |
| الطرف الثاني من الباب الأول من الوقف : في شروط الوقف ، وهي أربعة . | ٣٢٥ |
| الشرط الأول : التأيد . | ٣٢٥ |

| الموضوع | الصفحة |
|-----------------------------------------------------------------------------------|--------|
| الشرط الثاني : التنجيز . | ٣٢٧ |
| الشرط الثالث : الالتزام . | ٣٢٨ |
| الشرط الرابع : بيان المصرف . | ٣٣١ |
| فصل : في مسائل من الوقف تتعلق بالباب الاول . | ٣٣٢ |
| الباب الثاني : في احكام الوقف الصحيح ، وفيه طرفان . | ٣٣٤ |
| الطرف الاول : في الاحكام اللفظية ، وفيه إحدى عشرة مسألة . | ٣٣٤ |
| الطرف الثاني : في الاحكام المعنوية . | ٣٤٢ |
| فصل : فوائد الوقف ومنافعه للموقوف عليه يتصرف فيها تصرف الملاك في الاملاك . | ٣٤٢ |
| فرع : لا يجوز طء الموقوفة لالواقف ولا للموقوف عليه ، ولو وطئت، فلها ثلاثة أحوال . | ٣٤٤ |
| فرع : للواقف أن يزل من ولاءه وينصب غيره . | ٣٤٩ |
| فصل : للواقف ولن ولاءه الواقف إجارة الوقف . | ٣٥١ |
| فصل : في تعطل الموقوف واخلال منافعه ، وله سببان . | ٣٥٣ |
| السبب الأول : أن يحصل التعطل بسبب مضمون . | ٣٥٣ |
| السبب الثاني : أن يحصل التعطل بسبب غير مضمون . | ٣٥٦ |
| فصل : في مسائل منتوبة تتعلق بكتاب الوقف ، وهي ثلاث عشرة مسألة . | ٣٥٩ |
| كتاب الهبة . | ٣٦٤ |
| فصل : ويشتمل كتاب الهبة على باين . | ٣٦٥ |
| الباب الأول : في أركان الهبة وشروط لزومها . | ٣٦٥ |

| الموضوع | الصفحة |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| الركن الاول والثاني : الماقدان . | ٣٦٥ |
| الركن الثالث : الصيغة . | ٣٦٥ |
| الفرق بين الهبة والهبة . | ٣٦٥ |
| فرع : في مسائل تتعلق بالهبة ، وهي إحدى عشرة مسألة . | ٣٦٦ |
| فصل : في العمري والرقبي وتريفها وأحوالها . | ٣٧٠ |
| الركن الرابع من أركان الهبة : الموهوب . | ٣٧٣ |
| فصل : وأما شرط لزوم الهبة ، فهو القبض . | ٣٧٥ |
| فرع : في مسائل محكية عن نص الامام الشافعي رضي الله عنه في الهبة . | ٣٧٨ |
| الباب الثاني من كتاب الهبة : في حكم الهبة في الرجوع والثواب . | ٣٧٨ |
| فصل : يبنني للوالد أن يعدل بين أولاده في العطية . | ٣٧٨ |
| فصل : للأب الرجوع في هبته لولده . | ٣٧٩ |
| فرع : الموهوب قسمان : إما أن يكون باقياً في سلطنة المتهب ، وإما أن لا يكون باقياً في سلطنته . | ٣٨٠ |
| فصل : فيما يحصل به الرجوع في الهبة . | ٣٨٣ |
| فصل : في مسائل تتعلق بكتاب الهبة ، وهي ست مسائل . | ٣٨٨ |
| كتاب اللقطة ، وفيه بابان . | ٣٩١ |
| الباب الاول : في أركان اللقطة ، وهي ثلاثة . | ٣٩١ |
| الركن الاول : الالتقاط ، وفيه مسألان . | ٣٩١ |
| المسألة الاولى : في وجوب الالتقاط أربعة طرق . | ٣٩١ |
| المسألة الثانية : في وجوب الاشهاد على اللقطة وجهان . | ٣٩١ |

| الصفحة | الموضوع |
|--------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| ٣٩٢ | الركن الثاني من أركان اللقطة : الملتقط ، وبناء الكلام فيه على أصل أن اللقطة فيها معنى الامانة والولاية والاكتساب ، وفيه مسائل . |
| ٣٩٢ | المسألة الاولى : يمكن الذمي من الالتقاط في دار الاسلام على الاصح . |
| ٣٩٣ | المسألة الثانية : الفاسق أهل للالتقاط على المذهب : |
| ٣٩٣ | المسألة الثالثة : التقاط العبد على ثلاثة أضرب . |
| ٤٠٠ | المسألة الرابعة : التقاط الصبي ، فيه طريقان كالفاسق ، والمذهب صحته . |
| ٤٠٢ | الركن الثالث من أركان اللقطة : الشيء الملتقط ، وهو قسبان : مال وغيره ، والمال نوعان : حيوان وجماد ، والحيوان ضربان : آدمي وغيره ، وغير الآدمي متفان . |
| ٤٠٥ | فصل : يشترط في اللقطة ثلاث شروط غير ماسبق . |
| ٤٠٦ | الباب الثاني من أبواب اللقطة في أحكام الالتقاط الصحيح ، وهي أربعة أحكام . |
| ٤٠٦ | الحكم الاول : في الامانة والضمان ، ويختلف ذلك بقصده ، وله أربعة أحوال . |
| ٤٠٧ | الحكم الثاني : التعريف ، فينبني للملتقط أن يعرف اللقطة ويعرفها ، وفي التعريف خمس مسائل . |
| ٤١٢ | الحكم الثالث : التملك ، فيجوز تملك اللقطة بحد التعريف ، ومتى تملك ؟ فيه أوجه . |
| ٤١٢ | فرع : في حكم لقطة حرم مكة . |
| ٤١٣ | الحكم الرابع : رد عين اللقطة أو بدلها عند ظهور مالها . |

| الموضوع | الصفحة |
|---------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| فصل : في مسائل تتعلق بباب اللقطة ، وهي ثمانية مسائل . | ٤١٥ |
| كتاب اللقيط ، يقال للصبي الملقى الضائع: لقيط ، وملقوط ، ومنبوذ . وفي كتاب اللقيط بابان . | ٤١٨ |
| الباب الاول: في أركان الالتقاط الشرعي وأحكامه ، وأركانه ثلاثة . | ٤١٨ |
| الركن الاول : نفس الالتقاط ، وهو فرض كفاية . | ٤١٨ |
| الركن الثاني : اللقيط ، وهو كل صبي ضائع لا كافل له . | ٤١٨ |
| الركن الثالث : الملتقط ، ويشترط فيه خمسة أمور . | ٤١٩ |
| فصل : في أحكام الالتقاط . | ٤٢١ |
| فصل : إذا كان للقيط مال ، هل يستقل الملتقط بحفظه ؟ فيه وجهان . | ٤٢٧ |
| الباب الثاني من أبواب اللقيط في أحكام اللقيط ، وهي أربعة . | ٤٢٨ |
| فصل : للتبعية في الاسلام ثلاث جهات . | ٤٢٩ |
| أحوال اللقيط إذا وجد في دار الاسلام . | ٤٣٣ |
| أحوال اللقيط إذا وجد في دار الكفر . | ٤٣٤ |
| الحكم الثاني : جناية اللقيط ، والجناية عليه . | ٤٣٥ |
| الحكم الثالث : نسب اللقيط ، وهو كسائر المجهولين . | ٤٣٧ |
| فصل : ادعى نسب اللقيط اثنان ، وفيه خمس صور . | ٤٣٨ |
| الحكم الرابع : الحرية والرق ، وللقيط في ذلك أربعة أحوال . | ٤٤٢ |
| الحال الاول : أن لا يقر على نفسه بالرق ولا يدعي رقه أحد . | ٢٤٢ |
| الحال الثاني : أن يدعي شخص رقه ولا بينة . | ٤٤٣ |
| الحال الثالث : أن يدعي رقه مدّعٍ وقيم عليه بينة . | ٤٤٤ |

| الموضوع | الصفحة |
|-----------------------------------------------------------------------|--------|
| الحال الرابع : أن يقر على نفسه بالرق وهو بالغ عاقل ، فله أحوال . | ٤٤٦ |
| إن سبق الاقرار ما يناقضه ، ففيه ثلاث صور . | ٤٤٧ |
| فروع فيما يقبل به إقراره وما لا يقبل ، فيما يضر بغيره وما لا يضر . | ٤٤٧ |
| الفرع الاول : إذا نكح قبل الاقرار ... | ٤٤٧ |
| الفرع الثاني : إذا كانت عليه ديون وقت الاقرار بالرق وفي يده أموال ... | ٤٥٠ |
| الفرع الثالث : إذا باع أو اشترى بعد البلوغ ثم أقر بالرق . | ٤٥١ |
| الفرع الرابع : جنى ثم أقر بالرق ... | ٤٥١ |
| الفرع الخامس : جنى عليه فقطع طرفه ثم أقر بالرق ... | ٤٥١ |
| فصل : في قذف اللقيط وحدّ القذف به . | ٤٥٢ |
| الفهرس . | ٤٥٥ |